ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

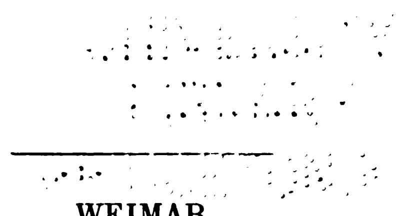
VON

E. I. BEKKER, L. MITTEIS, R. SCHRÖDER,
H. BRUNNER, U. STUTZ.

EINUNDDREISSIGSTER BAND

XLIV. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG



WEIMAR
HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER
1910.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des XXXI. Bandes.

Romanistische Abteilung.

Seite

Literatur:

Von der Interpolationen-Sammlung der Savigny-Zeitschrift.

Der Aufruf zur Beteiligung an dieser Sammlung, den die Redaktion im Vorjahr veröffentlicht hat, ist von einem sehr erfreulichen Erfolg begleitet gewesen. Abgesehen von vielen Kundgebungen der Sympathie für dieses Unternehmen und der Anerkennung seiner Notwendigkeit ist uns auch von allen an der Interpolationenforschung aktiv beteiligten Gelehrten die Zusage ihrer Mitwirkung in bereitwilligster Weise erteilt worden.

Viele derselben haben denn auch schon das Verzeichnis der von ihnen aufgefundenen Interpolationen an die Leipziger Universitätsbibliothek eingeschickt. Außerdem hat eine Anzahl von Gelehrten, deren Namen seinerzeit bekanntzugeben sind, es übernommen, die Schriften verstorbener Forscher, von denen eine beträchtliche Ausbeute zu erhoffen war, zu revidieren. Nebst den Exzerpten der Cuiaz'schen Werke, welche Dr. Emilio Albertario schon früher, unabhängig von dem Aufruf, hergestellt hatte und welche, als Probe älterer Forschungsmethode, unten mitgeteilt werden, sind die Schriften von Wissenbach, Heineccius Savigny, Rudorff, Huschke, Francke, Keller, Mühlenbruch, Vangerow, Ubbelohde, Schirmer, Th. Mommsen, Pernice, Demelius, Bechmann, Schloßmann, Kretschmar sen., Dernburg, Alibrandi, Ferrini, de Medio, Hofmann, sowie der Glossatoren und Postglossatoren bereits in Bearbeitung, teilweise ist diese sogar schon abgeschlossen.

Es ergeht nunmehr an alle jene Kollegen, welche die Exzerpte aus ihren eigenen Schriften bisher noch nicht eingesendet haben, die freundliche Bitte, der Sammlung eingedenk zu bleiben. Noch ist der Termin, zu welchem die Einsendung erbeten wurde, — das ist der Beginn des Jahres 1911 — nicht gekommen und wir haben uns über keine Verspätung zu beklagen. Wir hoffen aber auch zuversichtlich und bitten darum, daß der Termin nach Möglichkeit beobachtet werde.

Das Gelingen und der Wert der Sammlung ist durch ihre tunlichste Vollständigkeit bedingt. Es soll Keiner fehlen. Mit Rücksicht darauf kann aber auch die Zusammenstellung der bereits eingesendeten Zettel nicht in Angriff genommen werden, ehe die noch fehlenden eingetroffen sind. Denn bei dieser Zusammenstellung müssen die Bearbeiter zu jeder Stelle das gesamte Material bei der Hand haben. Die Zettel dürfen ja nicht mechanisch hintereinander abgedruckt, sondern ihr Inhalt muß zu einem übersichtlichen Ganzen verarbeitet werden. Darum kann das Fehlen auch nur eines Schriftstellers den Anfang der Zusammenstellung auch für alle übrigen verzögern.

So hoffen wir, daß die noch ausständigen Beiträge in Bälde eintreffen werden. Die Redaktion ihrerseits wird bemüht sein, was an ihr ist pünktlich zu Ende zu führen.

Ende November 1910.

Die Redaktion.

I.

Über die jüngst erschienenen Lichtdrucke juristischer Handschriften.

Von

Paul Krüger

in Bonn.

Die Erfahrungen, welche die Bibliotheksverwaltungen mit den ihrer Obhut anvertrauten Handschriften gemacht haben, insbesondere die Verluste, welche durch Brand[1]) herbeigeführt worden und durch allmählichen Zerfall der Handschriften drohen, haben den Anstoß dazu gegeben, die Überlieferung der wichtigsten Handschriften auf die Nachwelt dadurch zu sichern, daß dieselben in Photographie oder Lichtdruck vervielfältigt und so in den Buchhandel gebracht werden.

In dieser Weise sind fast sämtliche Buchstücke vorjustinianischen Rechts zugänglich gemacht worden, welche den ägyptischen Funden entstammen.[2]) Auf diese winzigen Reste soll hier nicht eingegangen werden, sondern auf die umfangreichen Veröffentlichungen dreier Hauptquellen des römischen Rechts, des Veroneser Gaius, der Pariser Handschrift von Buch 6—8 des Codex Theodosianus und der Florentiner Digesten Justinians.

---

[1]) Unersetzliche Verluste hat zuletzt 1903 der Brand der Turiner Bibliothek gebracht. Unter den juristischen Handschriften ist am meisten die völlige Zerstörung der Bruchstücke des Codex Theodosianus zu beklagen. Von der Institutionen-Handschrift, aus welcher wir die bekannte alte Glosse kennen, wird berichtet, daß zwar die Ränder gelitten haben, der Text der Glosse aber noch erhalten sei. — [2]) Am wenigsten befriedigt die Wiedergabe der Pariser Papinians-Fragmente, welche allerdings zum größeren Teil stark beschädigt sind.

Die größte Hoffnung werden die Juristen auf die Wiedergabe des Gaius-Palimpsesten setzen[1]); man wird meinen, jetzt könne jeder an der Hand des Lichtdrucks den Versuch machen, einzelne der vorhandenen Lücken des Textes auszufüllen. Diese Erwartung ist trügerisch. Bei der Beschaffenheit der Handschrift ist nicht daran zu denken, daß die alte Schrift in einer Photographie oder im Lichtdruck ebenso hervortreten könne, wie in der Handschrift selbst. So sehr auch die Abbildung gelungen ist, so wenig gibt sie doch das Original vollständig wieder, nicht einmal in dem Maße wie ein Gipsabguß das Bildwerk. Dem geübten Leser von Palimpsesten bieten sich in den letzteren ohne jede weitere Beihilfe als derjenigen guter Augen viele Anhaltspunkte für die Lesung, welche gegenüber dem glatten Abbild versagen.

Um sich davon zu überzeugen, vergleiche man den Lichtdruck mit dem Apographum von Studemund oder auch nur mit der Abzeichnung der Scheden von Göschen (und Bluhme). Manche der Seiten, von denen es heißt, daß sie leicht oder sehr leicht zu lesen sind, werden im Lichtdruck schwer oder gar nicht zu lesen sein.[2]) Nehmen wir beispielsweise die Vorderseite von Blatt 97; facillime legitur sagt Studemund, und Göschen ist kein Buchstabe entgangen. Im Lichtdruck wird man auf Zeile 1 und 2, wo die neue Schrift die alte deckt, kaum einen Buchstaben erkennen, ebenso zu Anfang von Z. 5 und zu Anfang und Ende von Z. 6. Man versuche sich ferner an der Rückseite; auch hier sagt Studemund facillime legitur, und doch wird man nach dem Lichtdruck an der Lesung der Zeilen 1. 2. 6. 7 scheitern. Ein weiteres Beispiel bietet die Rückseite von Blatt 75, welche nach Studemund nicht schwer zu lesen ist, auch von Göschen im ganzen richtig entziffert worden; bei angestrengtestem Bemühen wird der Leser des Lichtdrucks nur einen ganz verstümmelten Text zustande bringen.

---

[1]) Gai codex rescriptus in bibliotheca capitulari ecclesiae cathedralis Veronensis distinctus n. XV (13). Cura et studio eiusdem bibliothecae custodis phototypice expressus. Lipsiae 1909. — [2]) Von der jüngeren Schrift (Hieronymus usw.) gilt dies nicht außer an den Stellen, wo 2 Schriften über dem Text von Gaius stehen.



Die Schwierigkeiten der Lesung, welche so dem Benutzer des Lichtdrucks ins Auge springen, werden zu einer vollen Würdigung der Verdienste der Vergleicher, insbesondere Studemunds führen; mit unsäglicher Mühe und Ausdauer hat er die Vergleichung seiner Vorgänger nachgeprüft und in der Berichtigung derselben sowie in der Entzifferung einer großen Anzahl von Stellen, an der jene gescheitert sind, eine Aufgabe gelöst, deren Schwierigkeiten kaum jemand so wie er lösen könnte.

Dürfen wir nun den Nutzen des Abdrucks nach der gedachten Seite hin nicht hoch anschlagen, so ist es doch, wenn man von dem paläographischen Werte absieht, von hoher Bedeutung, daß wir in dem erkennbaren Text des Lichtdrucks eine jederzeit zu Gebote stehende Kontrolle gegenüber dem Apographum von Studemund besitzen. Diese wird freilich wohl durchweg zu der Erkenntnis führen, daß das Apographum nicht bloß in der Lesung, sondern auch in der Feststellung des Umfangs der Lücken eine durchaus zuverlässige Grundlage für Ergänzungsversuche bietet.

Eine Ausstellung läßt sich gegenüber der Abbildung nicht unterdrücken. Das Streben des Herausgebers ist offenbar gewesen, möglichst auch in der Färbung das Original wiederzugeben, und das ist zweifellos gelungen. Darunter hat aber die Erkennbarkeit der Schriftzüge nicht unwesentlich gelitten. Das tritt hervor bei Vergleichung mit der Photographie von Blatt 128, welche dem Apographum Studemunds beigegeben ist und in dem Lichtdruck in Steffens Lichttafeln zur lateinischen Paläographie wiederkehrt. Auch die im letzteren Werk gegebene Abbildung der Rückseite von Blatt 33 ist ungleich schärfer als im vorliegenden Werk.

Der Lichtdruck der Handschrift des Theodosianus [1]) gehört zu denjenigen Nachbildungen, welche die Pariser National-Bibliothek um der Verbilligung willen nicht in der Größe der Handschrift, sondern verkleinert hat wiedergeben lassen; die hier vorliegende Verkleinerung gibt die halbe Größe der Handschrift. Trotzdem ist die Schrift so scharf heraus-

[1]) Code Théodisien livres VI—VIII. Reproduction réduite du manuscrit en onciale, Latin 9643 de la bibliothèque nationale. Paris (1909).

gekommen, daß sie der Lesung im ganzen keine Schwierigkeit bereitet und darin mit der Wiedergabe einzelner Seiten in der Größe der Handschrift wetteifern kann; man vergleiche z. B. S. 122 mit der ersten Schrifttafel zu Mommsens Theodosianus.

Zu bedauern ist, daß der innere Rand nicht vollständig wiedergegeben ist; man hat sich wohl nicht entschließen können für die Nachbildung die einzelnen Hefte aus dem Einband zu lösen. Vom Texte des Theodosianus scheint nach flüchtiger Durchsicht nichts weggelassen zu sein, wohl aber sind einzelne Randbemerkungen aus dem 16. Jahrhundert, insbesondere Ergänzungen des Textes, verstümmelt, welche vermutlich von Cujacius herrühren und wohl direkt für den Setzer seiner Ausgabe bestimmt waren.

Auch bei diesem Lichtdruck ist zu sagen, daß er für den Vergleicher die Benutzung der Handschrift nicht ersetzen kann. Das zeigt sich an den Stellen, wo die Handschrift durch Brand und Anfeuchtung beim Löschen gelitten hat. Hier sind die Ränder geschwärzt und lassen in dem Lichtdruck die Schriftzüge nicht mehr so vollständig erkennen wie in der Handschrift. Zur Probe verweise ich auf die Zeilenenden von Blatt 2^{r} Zeile 1—4, Blatt 3^{r} Zeile 1—5. Dagegen ist die Abbildung eine unentbehrliche Ergänzung zu den Ausgaben des Theodosianus, dessen 6—8. Buch zum größten Teil lediglich in der Pariser Handschrift überliefert ist. Daß auch die Mommsensche Ausgabe uns des Zurückgehens auf die Handschrift nicht überhebt, ist bereits im 26. Band dieser Zeitschrift S. 321 f. nachgewiesen worden; unzureichend sind insbesondere die Angaben über die Lücken, welche durch die Beschädigung der Handschrift geschaffen worden. Die Entscheidung über die Richtigkeit der Lesung wird freilich da, wo die bisherigen Vergleichungen einander widersprechen, nach dem oben Gesagten aus dem Lichtdruck nicht zu gewinnen sein. Einige Mißgriffe Mommsens finden ihre Erklärung in dem Zustand der Handschrift, wie er sich aus letzterem ergibt; man sieht, daß einige schadhafte Stellen mit einer dünnen Haut überklebt sind, wie es vielfach seitens der Bibliotheksverwaltungen beliebt wird; damit wird aber ein Hindernis für die Vergleichung geschaffen, weil trotz der

Durchsichtigkeit die erloschenen Züge nicht mehr an den Spuren verfolgt werden können, welche sie an der Oberfläche des Schreibstoffs zurückgelassen haben. So versteht man, daß Mommsens Ausgabe Zeile 4 der Rückseite von Blatt 1 (= Th. 6, 2, 14 Z. 3) similit[udin]em gibt, als wenn die 4 eingeklammerten Buchstaben verloren wären, während Vesme und ich *u* und *n* noch gesehen haben. Nach dem Lichtdruck möchte man glauben, daß Mommsen Recht hat, aber sieht man das Bild der Vorderseite an, so überzeugt man sich, daß die durch ein Loch entstandene Lücke nicht 4 Buchstaben umfaßte, daß also der Lichtdruck auf der Rückseite wegen der Überklebung ein falsches Bild der Lücke gibt.

Dagegen läßt der Lichtdruck einen anderen Mangel der Mommsenschen Vergleichung klar erkennen, auf welchen in Band 26 S. 322 hingewiesen worden, daß nämlich die beim Brande angefeuchteten Seiten auf der Gegenseite, auf der sie auflagen, einen teilweisen Abklatsch der Schriftzüge hinterlassen haben. Das ist von Vesme und Mommsen mit einer Ausnahme nicht beachtet worden; damit sind ihnen einige Zeugnisse für den jetzt verlorenen Text entgangen, welchen aber Cujacius noch vor sich hatte. So tritt auf der Vorderseite von Blatt 4 unter der letzten Textzeile das Spiegelbild der Inscription von 6, 2, 25 Impp. theod. et ual. aa. klar hervor. Ebenso sind die Anfänge der voraufgehenden 4 Zeilen der abgerissenen Blatthälfte von Blatt 3^r noch leidlich zu erkennen, welche bei Mommsen als verloren eingeklammert sind. Ähnliche Abklatsche bemerkt man auf Blatt 8^r Zeile 1—5, Blatt 64^r, 118^v, 119^v, 121^r.

Während die Veröffentlichung der Pariser Handschrift neben den künftigen Herausgebern des Theodosianus wohl mehr der Altertumswissenschaft als gerade den Juristen zugute kommen wird, hat diejenige der Florentiner Digesten [1]) für die Bearbeiter des römischen Rechts eine ganz hervorragende Bedeutung. Die Romanisten sind denen, welche die Anregung gegeben, und der italienischen Regierung, durch deren Unterstützung die Ausführung möglich geworden, zu

[1]) Il codice Pisano delle Pandette di Giustiniano riprodotto in facsimile a cura della direzione della r. biblioteca Medico-Laurentiana.



hohem Dank verpflichtet.[1]) Das Werk ist weit über die Hälfte gediehen und wird in einigen Jahren seinen Abschluß erreichen. Die Anschaffungskosten sind leider den Einzelnen und selbst den Bibliotheken meist zu hoch; aber es wäre eine Ehrenpflicht der Regierungen, in deren Ländern das Studium des römischen Rechts blüht, wenigstens allen Universitäts-Bibliotheken die Anschaffung durch eine besondere Beihülfe zu ermöglichen. Mir ist es z. B. in Bonn nicht ermöglicht, das Werk einzusehen; ich kann darüber nur nach dem Abdruck der ersten 21 Blätter urteilen, wie er 1893 dem Könige Umberto überreicht worden, nämlich nach einem weiteren Abzug, der mit der Mommsenschen Bibliothek hierhergekommen ist. Das Verfahren, nach welchem dieser Abdruck hergestellt worden (Übertragung der Photographie auf Kupfer), ist aber hernach aufgegeben und das Lichtdruck-Verfahren gewählt worden.

Die Digestenhandschrift bietet für die Lesung keine besonderen Schwierigkeiten; wenn auch auf einigen Seiten die Schrift so abgeblaßt ist, daß sie in dem Lichtdruck nur unvollständig wiedergegeben wird, so läßt sich doch die Handschrift auch da leicht lesen, wo die Tinte ganz geschwunden ist. Welchen Nutzen die Kritik der Digesten aus der Veröffentlichung ziehen wird, läßt sich zurzeit nicht übersehen. Die Vergleichung der Handschrift durch Kießling und Reifferscheid, welche der Mommsenschen Ausgabe zugrunde liegt, ist im Brande der Mommsenschen Bibliothek vernichtet worden. Daß eine erneute Vergleichung der Handschrift nicht ergebnislos sein würde, hat sich bei der Nachvergleichung einzelner Abschnitte herausgestellt, welche ich 1869 auf Mommsens Bitte unternommen habe.[2]) Fraglich ist insbesondere, ob die Unterscheidung der alten Korrektoren, welche an der Handschrift tätig geworden sind, überall das Richtige getroffen hat. Daß aber dafür die Abbildung eine genügende Grundlage bieten könnte, erscheint zweifelhaft; auch hier

[1]) Vgl. Atti del congresso internazionale di scienze storiche. Roma 1904 vol. IV p. 179 ff. — [2]) Die Berichtigungen der Mommsenschen Angaben in den Rendiconti dell' accademia dei Lincei serie V vol. XI S. 111—114 beziehen sich nur auf die Bemerkungen über den Anfang der Seiten.

wird sich zeigen, daß ein Lichtdruck nicht dem Original gleichkommt, daß weder die Züge so scharf wie in der Handschrift heraustreten, noch daß der Unterschied der Tinten wiedergegeben wird. Auch aus der Häufung von Schreibfehlern auf einzelnen Seiten gegenüber der Reinheit des Textes auf anderen Seiten werden sich kaum sichere Schlüsse ziehen lassen, ob die Fehler beziehungsweise ihre Verbesserungen durch den Korrektor aus dem Archetypon der Handschrift stammen oder ob den letzteren eine andere Vorlage zugrunde liegt.[1])

II.

Bemerkungen über die Gestaltung der Auszüge in Justinians Digesten.

Von

Paul Krüger

in Bonn.

Die Bildung der einzelnen Leges in den Digesten ist bisher kaum besprochen worden. Es galt wohl als selbstverständlich, daß die umfangreicheren Auszüge als zusammenhängende Abschnitte aus den benutzten Werken herübergenommen seien, nur bisweilen unterbrochen durch die Einschiebsel aus den zur Ergänzung herangezogenen Schriften derselben oder anderer Juristen. Das ist insbesondere das regelmäßige Verhältnis der Auszüge aus den großen Kommentaren Ulpians zu den gleichzeitig ausgezogenen Arbeiten von Pomponius Gaius und Paulus. Hinsichtlich der Paragraphen nimmt man stillschweigend an, daß die ursprüngliche Reihenfolge festgehalten sei; das empfahl sich für die Kompilatoren als die einfachste und bequemste Art der Bearbeitung[2]) und ist so

---

[1]) Hoffnungsfreudiger spricht sich darüber Scialoja in den Atti del congresso a. a. O. aus. — [2]) Die Vat. Fr. 5. 6. 59—63. 70. 71. 75. 80 bestätigen beispielsweise die Reihenfolge der Digesten-Auszüge.

auch in den Vaticana fragmenta eingehalten. Es war deshalb auch berechtigt, die justinianische Reihenfolge der Paragraphen und der Leges der Wiederherstellung der klassischen Schriften der Regel nach zugrunde zu legen.[1]) Meist wird auch davon ausgegangen, die einzelnen Paragraphen seien ursprünglich unmittelbar aufeinander gefolgt, und man hat daraufhin Schlüsse auf sachlichen Zusammenhang derselben gezogen. Daß dies nicht unbedenklich ist, zeigen z. B. 7, 2, 3 § 1. 2, denen man nicht ansieht, daß sie ursprünglich durch die in den Vaticana fragmenta 81. 82 erhaltenen Sätze getrennt waren, zeigen ferner die Vaticana fragmenta 71[b]. 72, 1, wonach D. 7, 1, 21. 23 zwischen 7, 1, 12 pr. § 1 standen.[2])

Weniger als dies Ausschneiden zusammenhängender Abschnitte ist bisher die umgekehrte Tätigkeit der Kompilatoren hervorgehoben, einzelne Leges aus mehreren Bruchstücken zu bilden, welche ursprünglich in keinem Zusammenhang standen. Den Anlaß dafür gab die eigentümliche Ordnung der Leges in den Titeln. Erkennen läßt sich, daß unter Verzicht auf eine sachliche Ordnung der Auszüge und Festhaltung der Reihenfolge, in welcher die einzelnen Schriften bearbeitet worden, dieser äußerlichen Ordnung auch diejenigen Stellen unterworfen wurden, welche aus verschiedenen Abschnitten des klassischen Werks in demselben Titel untergebracht wurden. Daraus ergaben sich zwei Grundsätze: gehörten die Bruchstücke verschiedenen Büchern an, so wurden sie nach der Reihenfolge der Bücher eingeordnet; waren sie aus demselben Buche, so wurde daraus eine Lex gebildet. Die Ausnahmen von dem ersteren Satze hatten teils denselben sachlichen Anlaß, welcher zur Umordnung und Einschiebung von Auszügen aus verschiedenen Werken führte, teils treten sie als Nachträge zu den einzelnen Massen (Sabinus-Masse usw.) oder am Schluß der Titel auf. Auf diese soll hier nur zum Vergleich mit

[1]) Änderung der Paragraphenfolge durch die Kompilatoren scheint nur äußerst selten vorgekommen zu sein. Dahin gehört vielleicht 48, 15, 2 § 3. In den übrigen bisher bemerkten Fällen (z. B. 1, 16, 9 § 2. 3. 2, 4, 10 § 6. 43, 24, 11 § 10) könnten ältere oder jüngere Versehen der Abschreiber vorliegen. — [2]) Weitere Ausscheidungen einzelner Paragraphen aus dem ursprünglichen Zusammenhang hat in reichem Maße Lenel in seiner Palingenesia aufgewiesen.

den Ausnahmen von dem zweiten Satz hingewiesen sein.[1]) Die Zusammenschweißung mehrerer Auszüge zu einer Lex tritt insbesondere in solchen Titeln auf, welche die Kompilatoren aus Bruchstücken der verschiedenartigsten Materien gebildet haben, wie die Titel de verborum significatione und de regulis iuris.[2]) Aus den Abweichungen von dieser Zusammenschweißung ergeben sich weitere Schlüsse auf die Art, wie die Kompilatoren gearbeitet haben.

Rein äußerlich ist der Anlaß für das Getrennthalten der Auszüge, wenn dieselben Notae der späteren Herausgeber enthalten. So insbesondere für die Digesta Julians:

19, 1, 23 *Julianus l. 15 dig. —. Marcellus notat —.*
24 *Julianus l. 15 dig.*
26, 8, 12 *Julianus l. 21 dig. —. Marcellus notat —.*
13 *Julianus l. 21 dig.*
28, 5, 40 *Libro 30 dig. Juliani Marcellus notat —.*
41 *Julianus l. 30 dig.*
30, 80 *Apud Julianum l. 32 dig. Marcellus notat —.*
81 *Julianus l. 32 dig.*
40, 2, 4 *Julianus l. 42 dig. —. § 2 Paulus notat —.*
5 *Julianus eodem libro.*

Die gleiche Erscheinung tritt noch in folgenden Stellen auf:

48, 5, 8 *In l. 2 de adulteriis Papiniani Marcianus notat —.*
9 *Idem*[3]) *l. 2 de adulteriis.*
50, 8, 4 *Papinianus l. I responsorum —. Ulpianus —.*
5 *[Idem] ex eodem libro.*

In anderen Stellen haben die Notae keine Trennung der Auszüge herbeigeführt; so weder für Julians Digesta (30, 92. 36, 1, 28. 37, 6, 3. 46, 8, 22) noch für andere Werke

[1]) Über sie vgl. Krüger, Geschichte der Quellen S. 337f. Bluhme in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 4 S. 290ff. — [2]) Lenels Palingenesia hat die Zugehörigkeit der einzelnen Paragraphen zu den verschiedenen Lehren klargestellt. Von den nicht zahlreichen Stellen der genannten Titel, welche aus mehreren Auszügen bestehen, gehören hierher 50, 16, 8. 17. 27. 40. 58. 67. 89. 99. 223. 233. 50, 17, 19. 22. 43. 47. 116. 123. 129. 156. 157. — [3]) *Papinianus* schreibt der Korrektor *(F^2)*, mit dem Schreiber *(F^1)* stimmen die Basilica, in denen l. 8 einen Teil von l. 7 *(Marcianus l. 10 inst.)* bildet.

(Marcelli digesta 35, 1, 56; Papiniani quaestiones 18, 1, 72; Papiniani responsa 3, 5, 30; Scaevolae digesta 26, 7, 58. 32, 41. 34, 1, 15, 16. 34, 3, 28. 36, 1, 80. 40, 4, 59.

Im Titel 28, 3 folgt auf l. 6 *Idem (= Ulp.) l. 10 ad Sabinum* die l. 7 mit der Inscription *Ulpianus l. 10 ad Sabinum.*[1]) Daß der Auszug der l. 7 von l. 6 getrennt gehalten worden, findet seine Erklärung darin, daß man ihn anfänglich für den Titel 29, 1 *(de testamento militis)* bestimmt hatte. Bei der nachträglichen Unterbringung im Titel 28, 3 ist dann nicht nur übersehen, daß l. 6 demselben Buch angehört, sondern ist auch gegen die unten zu besprechende Regel verstoßen, wonach statt des Juristennamens *Idem* zu schreiben war.

32, 29 und 30 haben die gleiche Inscription *Labeo libro II posteriorum a Iavoleno epitomatorum.*[2]) Für dieses Nebeneinanderstehen hat schon Bluhme die Lösung gefunden. L. 29 stammt aus derjenigen Bearbeitung der Posteriores von Labeo, welche sonst in den Digesten den Titel *Iavolenus ex posterioribus Labeonis* trägt und zur Sabinus-Masse gehört[3]); dieser Auszug ist hier, wie auch sonst bisweilen, an die Stelle des entsprechenden Auszugs aus der anderen Epitome getreten, welche der Appendix-Masse angehört. Das bedingte eine Loslösung von l. 30, aber durch Versehen hat l. 29 wieder die Inscription des ursprünglich dort stehenden Auszugs erhalten.

Nur scheinbar gehören 12, 2, 18 *(Ulpianus l. 26 ad edictum)* und 19 *(Idem l. 26 ad edictum)* hieher. Diese Auszüge sind nicht demselben Buch entnommen, l. 19 stammt vielmehr aus dem 22. Buch ad edictum[4]), welches von dem iusiurandum voluntarium handelte, und war ursprünglich an die von derselben Materie handelnde l. 17 angelehnt; l. 18 dagegen handelte vom iusiurandum necessarium und stand ursprünglich zwischen l. 34 pr. und § 1. Als nun l. 18 hinter l. 17 eingeschoben wurde, erhielt l. 19 durch Schreibfehler die gleiche Buchangabe.[5])

---

[1]) F^2 streicht die Inscription, aber die Basilica bestätigen sie. — [2]) F^2 setzt in l. 30 *Idem* für *Labeo.* — [3]) Bluhme in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft 4 S. 321 f. — [4]) So Lenel. — [5]) Einem verwandten Fehler begegnen wir in 40, 5, 48. Sie trägt die Inscription *Idem (= Iulianus) l. LXII digestorum,* stammt aber in Wahrheit aus Buch 42 gerade wie l. 47 (l. XLII). Weshalb sie von letzterer losgelöst

41, 1, 31 bekam durch Versehen die Inscription *Paulus* (statt *Pomponius*) *l. 32 ad Sabinum*; das verhinderte bei der Einfügung von l. 33 *(Pomponius l. 32 ad Sabinum)* in denselben Titel die Verschmelzung beider Stellen.

Bei 12, 6, 47 *(Celsus l. 6 digestorum)* 48 *(Idem l. 6 dig.)*[1]) ist die Trennung der Leges vielleicht dadurch veranlaßt, daß eine derselben anfänglich in eine der Hauptstellen aus Ulpianus oder Paulus ad Sabinum eingeschoben werden sollte. Diese Erklärung versagt bei solchen Stellen wie 39, 3, 3. 4 (beide mit der Inscription *Ulpianus l. 53 ad edictum)* 47, 11, 7 *(Idem l. 9 de officio proconsulis)* 8—10 *(Idem eodem libro)*, 48, 13, 4 *(Marcianus l. 14 inst.)* 5 *(Idem l. 14)*, 7 *(Ulpianus l. 7 de officio proconsulis)* 8 *(Idem libro eodem)*, 50, 6, 2 *(Idem l. 4 de officio proconsulis)* 3 *(Idem ex eodem libro)*[2]), 50, 8, 2 *(Idem l. 3 opinionum)* 3 *(Idem ex eodem libro)*[2]), 4 *(Papinianus l. 1 responsorum)* 5 *(Idem ex eodem libro)*[2]), 11 *(Papirius Iustus l. 2 de constitutionibus)* 12 *(Idem eodem libro)*[2]) 13 *(Idem libro eodem)*.[2]) In diesen Stellen liegt es näher an ein Nachlassen in der Gleichförmigkeit der Redaktion zu denken, das sich auch in der Gestalt der Inscriptionen offenbart.[3])

Eine weitere von den Verfassern bei dem Aneinanderreihen der Leges innerhalb der Titel beobachtete Regel war die, daß, wenn mehrere Auszüge aus den Werken desselben Juristen aufeinander folgten, nur der erste den Namen des Juristen tragen sollte, in den folgenden durch *Idem* darauf zurückverwiesen wurde.[4]) Ausnahmen sind verhältnismäßig selten; sie könnten zum Teil durch Versehen der Schreiber entstanden sein, und darauf scheint zu führen, daß der Korrektor der Florentiner Handschrift *(F^2)* den wiederkehren-

---

worden, bleibt dunkel, jedenfalls bekam sie dabei die falsche Buchzahl und wurde nun bei der Unterbringung im Titel 40, 5 dieser entsprechend eingereiht. Dasselbe gilt von 26, 8, 13. 14.

[1]) L. 48 fehlt in F^1; die Ergänzung bestätigen die Basilica. — [2]) F^2 tilgt die Inscription. — [3]) Vgl. Mommsens Vorrede zur größeren Ausgabe der Digesta S. LVIIII. Die Nachhilfe von F^2 (vorige Note) ist hier wie vielfach sonst eine Änderung des echten Textes. — [4]) Diese Regel war schon in den früheren Sammlungen wie den Vaticana fragmenta und den Codices constitutionum befolgt.

den Namen in vielen Fällen durch *Idem* ersetzt hat. Daß aber dieser hierbei nicht der Vorlage von F^1 oder einem anderen Archetypon gefolgt ist, sondern auf eigne Hand geändert hat, ist bereits von Mommsen bemerkt worden[1]) und läßt sich für eine Reihe von Stellen aus der Übereinstimmung der ersten Hand *(F^1)* mit den Basilica feststellen.[2])

Bei einigen Wiederholungen des Juristennamens ist die Entstehung des Redaktionsfehlers erklärlich. Ein Grund dafür lag darin, daß mit dem betreffenden Auszug eine neue Masse innerhalb des Titels begann. So erklärt sich 22, 1, 34 *(Ulpianus l. 15 ad edictum)* hinter 33 *(Ulpianus l. sing. de officio curatoris rei publicae)*; letztere Stelle schließt die Sabinusmasse, mit l. 34 beginnt die Ediktmasse.[3]) In 27, 9 gehören l. 1—13 *(Paulus)* zur Sabinus-Masse, l. 14 *(Paulus)*[4]) zur Papiniansmasse. In 28, 3 schließt letztere mit l. 19 *(Scaevola l. 6 quaestionum)*, l. 20 *(Scaevola l. 3 dig.)* gehört zur Anhangsmasse. Dasselbe Verhältnis waltet ob zwischen 41, 4, 13. 14. In 23, 2 beginnt mit l. 39 eine nochmalige Folge der 3 Massen (Sab. Ed. Pap.); vermutlich hatte man ursprünglich neben dem Titel *de ritu nuptiarum* nach dem Vorbild des Codex Justinianus 5, 5 einen besonderen Titel *de incestis et inutilibus nuptiis* bilden wollen, sich aber hernach mit einem Gesamttitel begnügt. Diese Redaktionsfehler bestätigen also die Bluhmesche Entdeckung über die Arbeitsteilung der Digesten-Kommission.

In ähnlicher Weise ist die Wiederholung des Juristennamens in 45, 1, 48 *(Ulp. l. 26 ad edictum)* hinter l. 47 *(Ulp. l. 50 ad Sab.)* zu erklären; l. 48 gehört zwar wie l. 47 zur Sabinusmasse, steht aber an der Spitze der Auszüge aus den *libri ad edictum*, welche zur Sabinusmasse geschlagen worden.[5])

---

[1]) Vorrede S. LVIII, 2. — [2]) Z. B. 28, 3, 20. 47, 2, 31. 48, 5, 17. Doch haben sich auch die Basilica von der Ersetzung des Juristennamens durch *Idem* nicht freigehalten; so in 22, 1, 34 in Übereinstimmung mit F^2, während F^1, wie sich oben zeigen wird, die echte Lesung gibt (zu folgender Anm.). — [3]) Mommsen hat wegen der Übereinstimmung von F^2 mit den Basilica *Idem* in den Text gesetzt. — [4]) F^2 *Idem.* — [5]) Ob auch die vor l. 40 stehende, aber von F^2 getilgte Rubrik *τὸ β' de verborum obligationibus* auf die Fassung der Inskription eingewirkt hat, lasse ich dahingestellt.



In anderen Stellen war der Anlaß für die Wiederholung des Juristennamens der gleiche wie oben bei der Aufeinanderfolge von zwei Leges aus demselben Buch, nämlich der, daß eine der beiden in Frage kommenden Stellen nachträglich in den Titel eingeschoben ist. Die Nachträge sind zum Teil daran kenntlich, daß sie außerhalb der üblichen Reihenfolge der Werke am Schluß der Massen (32, 71. 35, 1, 68. 36, 1, 82) oder der Titel stehen (37, 6, 12).

Ein verwandter Anlaß lag darin, daß einzelne Stellen innerhalb der Titel nachträglich umgeordnet wurden. So ist 37, 14, 1 *(Ulpianus l. 9 de officio proconsulis)*, welche Stelle der Reihenfolge nach hinter l. 5 stehen sollte, als Einleitung an die Spitze des Titels gerückt worden und dabei in l. 2 *Ulpianus* stehen geblieben. In 41, 1 sind l. 1—16 (Auszüge aus den nebeneinander bearbeiteten Institutionenwerken), welche an sich hinter l. 40 am Schluß der Sabinusmasse stehen sollten, als Einleitungsstellen vorgeschoben; unter sich wahren sie die gewöhnliche Reihenfolge bis auf l. 13 *(Neratius l. 6 regularum)* 14 *(Neratius l. 5 membranarum)* und 15 *(Idem l. 5 regularum)*, welche ohne ersichtlichen Grund zwischen l. 12 und 16 eingeschoben sind. Von jenen 3 Stellen ist wohl l. 13 zuletzt nachgetragen und dadurch die Wiederholung von *Neratius* hervorgerufen.

Die angestellten Untersuchungen führen, wie gezeigt, nur zum Verständnis einiger Äußerlichkeiten in der Zusammenstellung der Digesten; sie sind aber geeignet vor Trugschlüssen über das Verhältnis der einzelnen Leges zu einander zu bewahren.

III.

Über die Entstehung der Digestenvulgata.

Ergänzungen zu Mommsen.

Von

Herrn Dr. **Hermann U. Kantorowicz,**

Privatdozent der Rechte in Freiburg i. Br.

Schluß der Abhandlung im letzten Band S. 183—271.

18. Die Chronologie des Irnerius bietet uns keine Schwierigkeiten.[1]) Die erste Nachricht über ihn ist, daß er im Mai 1113 an einem Placitum der Mathilde im Ferraresischen, die letzte Nachricht, daß er am 10. Dez. 1125 an einer schiedsrichterlichen Verhandlung im Mantuanischen teilnimmt[2]); Geburts- und Todesdatum kann höchstens vermutet werden (1055?—1130?). Es würde also, wenn er nach Beendigung der Rezension des Kodex S, d. h. (s. § 15 N. 1) zu Beginn der 90er Jahre als Lehrer aufgetreten wäre, die Annahme einer Lehrtätigkeit von 35 Jahren für unsere Hypothese ausreichen, was gewiß nichts Unwahrscheinliches an sich hat. Es verträgt sich damit aber auch schlechthin alles, was wir über sein Leben sonst wissen. Wir meinen nicht seine Abfassung der Questiones de iuris subtilitatibus um 1081—82, denn sie haben mit ihm und dem 11. Jh. nichts zu tun[3]); auch nicht seine Erwähnung in Urkunden von 1100, denn der dort genannte comes (?) Guarnerius de Monselicis (im Paduanischen) ist mit dem Bürger von Bologna nicht identisch[4]); nicht eine Reihe anderer angeblicher Tatsachen aus seinem Leben; sondern folgendes.

---

[1]) Ziemlich vollständige Zusammenstellungen der einschlägigen Daten finden sich mehrfach; wir verweisen der Einfachheit halber nur auf Fitting, Bologna 89 ff. — [2]) Fitting 89, 91. Vgl. noch Hessel im Neuen Archiv 31 (1906) 468 ff. — [3]) S. § 15 N. 10. — [4]) Vgl. Fitting, Bologna 90 c, aber auch Besta 62 ff.; die Sache bedarf in manchem noch der Aufklärung.

Die älteste Nachricht über die wissenschaftliche Tätigkeit des Irnerius bietet eine (nach dieser Seite noch nicht genügend verwertete) bei Accursius zu C. 1, 2, 14, 9 v. „petitione" angeführte Glosse, wonach Irnerius dem zu seiner Zeit im Gebrauch befindlichen notariellen Formelbuch ein den emphyteutischen Vertrag betreffendes Formular eingefügt hätte, das mit den Worten: „petitionibus emphyteuticariis annuendo" angefangen habe.[4a]) Ein genau so anfangendes Formular findet sich nun, unter Verdrängung des bis dahin gebrauchten, erheblich ungeschickteren, in Bologna seit 1116 in zahlreichen Urkunden.[5]) Da sich aber der einstige Grammatiker (s. § 20 N. 9) einer praktischen Anwendung seiner Rechtskenntnisse gewiß erst nach langen Jahren theoretischer Beschäftigung mit den Rechtsquellen, als Lernender und als Lehrer, zugewandt haben wird, so werden wir diese seine Lehrtätigkeit nicht später als zu Beginn des 12. Jh. ihren Anfang nehmen lassen dürfen. Ferner:

Die Schrift des Bulgarus De iudiciis[5a]) muß spätestens im Mai 1141 beendet gewesen sein[6]); älter als sie ist sein Kommentar zum Titel de regulis iuris[7]), dessen Beginn man daher frühestens 1135 wird ansetzen dürfen, ein vorzügliches, mit voller Kenntnis des ganzen römischen Rechts geschriebenes Werk.[8]) Wir werden nicht fehl gehen, daß bei der Schwierigkeit der Erlernung des Rechts in jener Frühzeit Bulgarus eine lange Reihe von Jahren auf das Studium verwandt hat

---

[4a]) So verstehe ich die u. a. bei Savigny 4, 63a abgedruckte Glosse, aus der man mit Unrecht allgemein geschlossen hat, daß Irnerius ein „formularium tabellionum" verfaßt habe. Sämtliche weiteren Nachrichten gehen auf diese Glosse zurück, auch die des Odofredus zur gleichen Stelle (s. § 20 N. 19). Näheres darüber in der § 3 N. 6 in Aussicht gestellten Arbeit. — [5]) Beispiele für beide bei G. P. Palmieri, Appunti e documenti per la storia dei Glossatori 1 (1893) XXXXVI, LXVII ff., vom gleichen Notar 1115 bezw. 1116 rogiert. — [5a]) Her. zuletzt von Wunderlich, Anecdota quae processum civilem spectant (1841) 13 ff. — [6]) Schulte, Die Summa des Paucapalea (1890) XV. — [7]) Her. zuletzt von Beckhaus (1856). Das Zeitverhältnis nach Seckel Z. 21 (1900) 276[1], dessen Gründe ich freilich nicht kenne und mir weder aus dem Kommentar noch seiner Spezialliteratur (Beckhaus, Haenel, Re) ersichtlich sind. — [8]) Wie sehr es Savigny schätzte, erzählt Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß 6 (1874) S. VI. —

und daher der Unterricht des zudem als Greis schon 1166 gestorbenen Juristen spätestens 1120 begonnen hat. Sein, wie der quattuor doctores Lehrer überhaupt war aber Irnerius.[9]) Da es nun unwahrscheinlich ist, daß des Irnerius berühmtester Schüler auch zugleich sein ältester gewesen sei, der Unterricht des Bulgarus auch lange vor 1120 begonnen haben kann, so führt auch diese Erwägung dahin, daß Irnerius seine Lehrtätigkeit erheblich früher begonnen hat.

In gleicher Richtung ist bedeutsam der Umstand, daß er schon im Frühjahr 1118 berühmt genug war, um von Kaiser Heinrich V nach Rom mit dem Auftrag mitgeführt zu werden, „das Volk durch die Ausführung, daß die ohne kaiserliche Bestätigung erfolgte Wahl des Papstes Gelasius II. rechtsungültig sei, zur Wahl eines Gegenpapstes zu bestimmen, was denn auch wirklich gelang.“ [10])

Endlich kommt noch folgendes in Betracht: bereits „in einem um 1130 verfaßten Gedichte eines unbekannten Verfassers über den Krieg zwischen Mailand und Como in den Jahren 1118—1127 heißt es bei der Aufzählung der Städte, welche Mailand im Jahre 1119 zu Hilfe kamen, von Bologna: 'Docta suas secum duxit Bononia leges', und wiederum für das Jahr 1127: 'Docta Bononia venit et hic cum legibus una'.“ [11]) Galt Bologna aber schon im ersten Drittel des 12. Jh. als d i e Schule des römischen Rechts, und war der Rechtsunterricht daselbst schon so bedeutend, daß er das Charakteristikum dieser Stadt bildete, so muß die Tätigkeit des Irnerius, dem unbestrittenermaßen dieser Aufschwung gedankt wurde, spätestens im Anfang des 12. Jh. begonnen haben.

---

[9]) Savignys Bestreitung dieses Schülerverhältnisses (4, 72 f.) wird nur durch die Tatsache, daß er die Urkunde von 1125 noch nicht kannte, begreiflich; schwer begreiflich ist dagegen, daß u. a. noch Landsberg, die Glosse des Accursius (1883) 13 und Tamassia 101 an Savignys Meinung festhalten. Sie darf (seit A. del Vecchio, Di Irnerio e della sua scuola, 1869, 50) als abgetan gelten. Vgl. Seckel (N. 7); Fitting, Bologna 103 a; Pescatore, Irnerius 33 f. Besta erwähnt S. 76 sogar eine Glosse des Martinus, worin dieser den Irnerius als seinen Lehrer bezeichnet, doch ist ihm die Nachricht von einer wenig zuverlässigen Seite mitgeteilt worden. — [10]) Diese Deutung des bekannten Vorgangs durch Fitting 90 f. dürfte durchaus zutreffend sein. — [11]) Fitting 104.



Führen uns so vier voneinander unabhängige Gedankengänge auf diese Zeit als den spätesten Zeitpunkt, so sind wir fast genötigt, jedenfalls aber berechtigt, den wirklichen Beginn des Unterrichts in das Ende des 11. Jh. verlegen zu dürfen, die Zeit um 1090.[11a]) Das ist aber eben die Zeit, in der, wie wir § 15 sahen, die Rezension des Kodex S beendet gewesen sein muß, und sein Text dem Unterricht in Bologna zugrunde gelegt zu werden begann. Aus chronologischen Gründen ist somit gegen unsere Annahme nicht das mindeste einzuwenden, und wer sie bestreitet, müßte einen um die gleiche Zeit in Bologna wirkenden Juristen als Urheber jener Rezension nachweisen können.

19. Es müßte ein berühmt gewesener Jurist sein. Denn wie sollte sich nicht in jenen Tagen hohen Ruhm erworben haben, wer immer sich wissenschaftlich mit dem schwierigsten Teile des römischen Rechts befaßte und noch dazu hierbei die Kenntnisse und Fähigkeiten betätigte, die wir an dem Urheber der Digestenvulgata bewundernd feststellen müssen?[1]) Wir meinen damit nicht jene zunächst (§ 10) festgestellte philologische Bearbeitung, jene idem per idem erklärende, Satzteile ergänzende, wortumstellende, phraseologisch abschleifende Tätigkeit: in ihr haben wir lediglich ein Symptom derselben Geistesrichtung vor uns, welche die grammatische Behandlung der Rechtsquellen in

[11a]) Es stimmt dies genau mit der Annahme, die zu der denkwürdigen Jubelfeier des Jahres 1888 geführt, daß nämlich Irnerius 1088 die Rechte zu lehren begonnen hat (vgl. Fitting, Bologna 1, 91, 101). Nach Gaudenzi, der es wissen muß (Appunti per servire alla storia dell' università di Bologna e dei suoi maestri, Fasc. 1 [1889] 1f., separat aus: l'Università) hätte ein willkürlicher Beschluß der Universität Bologna jenes Datum fixiert. Er selbst setzt S. 5 grundlos und nachweislich falsch (s. N. 5) den Beginn der juristischen Lehrtätigkeit des Irnerius um 1115 und läßt sie bis etwa 1140 andauern.

[1]) Wenn Conrat 348 hiervon in geringschätzendem Tone spricht, so erklärt sich dies damit, daß er dem schon die Grenze des 1. Bandes seines Werkes streifenden Ereignisse nicht dasselbe eingehende Studium wie den älteren Erzeugnissen gewidmet hat. Seine Bemerkung, „daß an die griechischen Texte vielleicht schon hier“ (im Kodex S) „zuweilen Hand angelegt wurde“, verstehe ich andrerseits nicht. Sie wurden lediglich verstümmelt, vgl. z. B. § 16 N. 2. Die Übersetzungen fallen später, s. § 5 N. 44.

langobardischer Epoche hervorrief.[2]) Insofern steht die Rezension des Kodex S auf keiner anderen Stufe als die Glossierung der Bamberger Institutionenhs. und der drei Hss. des epitomierten Codex zu Pistoja, Paris und Darmstadt[3]); stellt vielmehr den Tribut der neuen Rechtsschule an die Vergangenheit dar, das einzige Band, das ihre Wissenschaft mit der der beiden älteren Epochen verbindet. Schon darüber hinaus führt die Vergleichung des Kodex mit den Institutionen und dem Pandektenauszug (§ 11, 12). Zwar ist das ganze MA. hindurch (dessen Wissenschaft so oft als ein ins Barbarische übersetztes Alexandrinertum anmutet) die Handschriftenkollation gepflegt worden; aber diese „glosse critiche", wie sie der Herausgeber der an ihnen besonders reichen Pistojeser Glosse genannt hat[4]), sind in Wahrheit sehr wenig „kritisch", denn sie bewerten nicht, begnügen sich die Varianten, manchmal mit vorgesetztem *vel* oder *alias*, zu notieren.[4a]). Der Bearbeiter des Kodex S dagegen hat, unter Eindringen in die Sache selbst, die Lesarten seiner Hs. durch die bald bessere bald schlechtere Lesart der z. T. mit Mühe zusammengesuchten Parallelstellen ersetzt, eine Erscheinung, für die die ältere Rechtsliteratur des Mittelalters überhaupt kein Analogon bietet und an die sich nur die Nachvergleichung der Florentina im 12. Jh. würdig anschließt. Zum mindesten also wird man seine Leistung als eine philologische hohen Ranges anerkennen müssen. Aber man wird ihr auch die Anerkennung als juristische nicht verweigern dürfen. Denn wir sahen unsern Juristen (§ 13) auch die Konjekturalkritik üben, mit solchem Erfolge, daß in einem Falle (Nr. 1) ein Savigny die Stelle für authentisch hielt, und Mommsen nicht umhin konnte, sie für die eigne Konjektur zum Muster zu nehmen; während in einem zweiten Falle (Nr. 2) sich beide täuschen liessen, wobei Mommsen freilich später den Sachverhalt durchschaute. Wir sahen auch ferner (§ 13 in fine), daß uns gerade die besten Kon-

[2]) Vgl. Conrat Epitome CCLI ff., Geschichte 204, Flach 74 ff. — [3]) Vgl. § 12 N. 38. — [4]) Es sind dies Nr. 145—649 der § 4 N. 16 genannten Chiappellischen Ausgabe; ein Nachtrag Z. 8 (1887) 88 Nr. 927 bis 937. Vgl. auch Flach 75. — [4a]) Chiappelli schreibt statt *alias* constant *aliter*, was ich für irrige Auflösung von *al'* halte.

jekturen verborgen bleiben müssen, und so gewiß auch die besten Glossen, von denen wir nur einige der kürzesten als Glosseme in den Abschriften finden (§ 14). Aber auch unter ihrer kleinen Zahl befindet sich eines (Nr. 3), das Savigny und ursprünglich auch Mommsen für einen Bestandteil des Originaltextes gehalten haben, das dann von dem letzteren für böswillige Erfindung erklärt wurde, weil ihm (wie auch Savigny) die Parallelstelle entging, aus der die harmlose Glosse geschöpft war. Welchem Juristen des 11. Jh. aber dürfen wir all diese bahnbrechenden Leistungen philologisch-juristischer Art zutrauen, wem zutrauen, daß er in dem kaum entdeckten Rechtsbuch gelegentlich besser Bescheid wußte als die größten Pandektisten des 19. Jh., wenn nicht der von den „artes" zur Jurisprudenz übergegangenen „lucerna iuris", Irnerius?

Wir wollen es uns jedoch nicht die Mühe verdrießen lassen, die anderen (angeblich) berühmten oder doch wenigstens namhaften Juristen dieser Zeit als Konkurrenten auszuschließen. Und wir werden uns hierbei nicht auf Bologna beschränken, da unsere (§ 15) begründete Meinung, daß S nur hier bearbeitet und verbreitet worden sein kann, bei den unermüdlichen Erforschern der „Rechtsschulen" in Rom, Ravenna, Mantua, Nonantula, Verona, Toul, Bec usw. doch keine Anerkennung zu erhoffen hat. Wir werden uns daher zunächst mit einigen mehr oder weniger bolognesischen Gestalten zu befassen haben, mit den „jurisconsultes prébolonais" HO. AG. und OG., mit dem „Lehrer des Irnerius" G. und dem „bisher nur als Langobardisten bekannten, berühmten Juristen Gualcausus", sodann dem „legista antichissimo" Fride. und den anderen, „che dettero i primi impulsi alla scienza bolognese", ferner dem „romanista-longobardista" Paganus; endlich mit „dem Vorläufer des Irnerius zu Bologna", dem „ganz hervorragenden und hochberühmten" Pepo. Andere romanistische Schriftsteller vom Ende des 11. Jh. als diese sind — von Anonymis immer abgesehen — bisher m. W. nicht kandidiert worden.[4b]) Leider entpuppt sich die illustre

[4b]) Denn mit der Betrachtung der xbeliebigen Petrusse, die man mit mehr oder minder großem Selbstvertrauen als den Petrus der Exceptiones legum Romanorum angesprochen hat (P. aus der Provence, P. de

Gesellschaft als ein Verein von Druckfehlern oder anderen Mißverständnissen und damit als würdiges Glied in der Kette der für die Kontinuitätshypothese bis jetzt vorgebrachten „Beweise“.

1. Ho. soll einen „pré-bolonais“ bezeichnen, weil der 1354 gestorbene Albericus de Rosciate (in seinem Opus statutorum pars I qu. 16) sagt: „Dominus Ho. doctor antiquus tenebat primam opinionem“. So P. de Tourtoulon in seiner überaus flotten Schrift „Placentin“, 1 (1896) 46. Wer sich mit der Geschichte der Rechtswissenschaft im MA. befaßt, dürfte aber zweierlei nicht übersehen: daß *doctor antiquus* jeder ältere Jurist genannt wird, mag er auch nur um wenige Jahrzehnte älter sein als der Sprechende[5]); und daß ho. die bekannte Sigle des nachaccursischen Homobonus de Morisio aus Cremona ist.[6])

2—3. AG. „désigne sans doute un jurisconsulte prébolonais dont le nom s'est perdu“; so Tourtoulon an der gleichen Stelle. Er bezieht sich hierfür auf seinen Lehrer

Rainerio, P. Damiani, P. iudex sacri palatii, P. notarius Aretinus) möchte ich nicht einmal ein Zeile verlieren. Das sind billige Spielereien. Höchstens sei auf die kuriose Tatsache hingewiesen, daß die niedliche Parodie derartiger Bestrebungen bei Conrat (Epitome CCXLIIff.), wo der bei Azo erwähnte Meister Stellmacher („si vero dicitur Petrus magister, intelligatur de carpentario“) zu einem Peter von Carpentras und Verfasser der Exceptiones erhoben wird, trotz der Schlußworte: „sine fraude esto!“ von verschiedenen Schriftstellern für Conrats ernsthafte Meinung gehalten worden ist (so von Fitting Z. 6 (1885) 127[3], Flach 193[2]. Pitzorno, Le Exc. leg. Rom. e i documenti toscani del medio evo. Sep. Abz. aus Circolo guiridico 39 (1908) 38[4] und selbst von Landsberg, Krit. Vierteljahrsschrift 27 (1885) 74).

[5]) Z. B. „Albericus antiquus doctor qui fuit contemporaneus domini Johannis“ von Odofredus, gest. 1265, der über das Alter des noch 1194 lebenden Albericus (de porta Ravennata) nicht etwa irren konnte, da derselbe Johannes (Bassianus) Lehrer seines Lehrers Hugolinus war. S. Savigny 4, 225c; 5, 362; 4, 226; 5, 49 und daselbst 5, 494 N. p ein weiteres Beispiel dieses Sprachgebrauchs aus dem Opus statutorum selber. — [6]) Besta, Per la sigla del glossatore Omobono da Cremona, Archivio Giuridico 54 (1895) 185ff. Vgl. über Homobonus Savigny 5, 381 ff. und nunmehr ausführlich Besta, der auch das schon zuerst von Chiappelli, dann von Schupfer begangene Mißverständnis aufklärt. Homobonus starb 1272 (Besta 187[4]). Weiteres zu seiner Biographie siehe noch Besta Riv. 34 (1902) 228.

Fitting, der in seiner „Glosse zu den Exceptiones Legum Romanorum des Petrus" (1874) S. 62 als Nr. 284 eine Prager Glosse zu Petrus 4, 7 ediert hat, deren erster und dritter Absatz die Sigle $\overline{AG}$, deren mittlerer Absatz die Sigle $\overline{OG}$ aufweist. Auch Fitting scheinen beide Siglen (deren zweiter Tourtoulon nicht gedenkt) die Namen „uns unbekannter mittelalterlicher Juristen" zu enthalten (S. 8), und zwar vorbolognesischer Zeit, in die er ja den ganzen Petrus und seinen Kreis versetzt.[7]) Fällt nun auch mit jenem zu frühen Zeitansatz für uns die Notwendigkeit fort, uns mit der Glosse, einer Schrift des 12. Jh. zu befassen[8]), so entbehrt doch die Lösung des Problems in mehr als einer Hinsicht nicht des Interesses. Es hat sich nämlich schon Fitting die Frage vorgelegt, ob nicht $\overline{AG}$ auf Augustinus zu deuten sei (S. 7), umsomehr als ein vorangehendes Kapitel (Petrus 4, 4) seine Schrift De civitate Dei als Quelle anführt.[9]) Er hat aber die Frage verneint, da „eine Stelle der Art weder in diesem Werke noch sonst bei Augustinus vorkommt" (S. 8). Ich weiß nun nicht, ob auch Tourtoulon den Augustinus (dessen gedruckte Werke in der Ausgabe der Benediktiner, 1835 ff., 11 Bände füllen) auf diese Stelle hin durchsucht hat; bequemer wäre es gewesen, Conrats (inzwischen erschienenes) Werk zu befragen, wo bei Erörterung der Glossen zu Petrus (535 [1]) zurückverwiesen wird auf ein Stück einer Turiner Hs., in welcher die gen. Glosse für sich vorkommt (325 [3]). Hier lauten die zweite und dritte Sigle (die des ersten Absatzes fehlt) *Orig.* und *Aug.*, so daß an der Beziehung auf Origines und Augustinus kein Zweifel mehr bleibt.[10]) Welche Stellen der beiden Kirchenväter aus ihren gedruckten, ungedruckten,

---

[7]) Vgl. u. a. Bologna 58 ff. Über das Alter dieser einen Glosse äußert er sich allerdings nirgends. — [8]) Vgl. Conrat 534, 530. — [9]) Vgl. die Ausgabe bei Savigny 2, 405 N. 19, Conrat 501 Nr. 45, 526 [5], Flach 281 Nr. 45. Ag̅ als Abkürzung für Augustinus bezeugt Traube, Vorlesungen 1 (1909) 149 [4]. — [10]) Wir begegnen auch hier dem bei Fittings Anhängern (nicht ihm selbst) fast durchweg zu beobachtenden, aber völlig aussichtslosen Unternehmen, ohne intensives Studium des Conratschen Werkes auf dem Felde der vorbolognesischen Literaturgeschichte etwas zustande bringen zu wollen. Der bedauerliche Mangel aller Register entschuldigt ein solches Verhalten nicht.

noch unbekannten oder vielleicht vom Glossator nur irrtümlich ihnen zugeschriebenen Schriften gemeint sind, darf dahingestellt bleiben.

4. Außer dem schon genannten „ho" hat sodann Chiappelli noch eine ganze Schar von Vorläufern und Anregern der Rechtsschule Bologna ermittelt, indem er späte Drucke, meist Ausgaben der Glossa ordinaria, nach unbekannten Siglen abgesucht hat.[11]) Indessen haben bereits d'Ablaing und Pescatore unter diesen alten Herren ein furchtbares Gemetzel angerichtet und sie als Schreib- oder Druckfehler entlarvt.[12]) Am besten unter ihnen gefällt mir der schon erwähnte „legista antichissimo" Fride[ricus], der auf dem Umweg über *F. Fr. Frogerius* sich als der altbekannte, um 1150 tätige Glossator Rogerius enthüllt; nicht übel ist aber auch Pe., worin — Entdeckung von „immenso valore" — ein Petrus, und also natürlich der Verfasser der Exceptiones legum Romanorum stecken soll, in Wahrheit nur ein Druckfehler für P[lacentinus], gest. 1192, steckt.[13]) Pescatores Hoffnung, „für alle Zeiten ein warnendes Beispiel" aufgerichtet zu haben, hat freilich, wie wir schon sahen (§ 16 Nr. 5, 6) inzwischen Chiappelli selbst als eine trügerische zu erweisen vermocht.[14])

---

[11]) Lo studio bolognese nelle sue origini e nei suoi rapporti colla scienza preirneriana (1888) 63ff., 68, 73, 77ff. Nach S. 45[1] benutzt er die Ausgabe Ven. 1569 und 1621 (!). — [12]) D'Ablaing, Rechtsgeleerd Magazijn 7, 164ff., zitiert nach Pescatore, Beiträge 4, 169ff., 188, dem Besta, Irnerio 37[6] sich (mit eignen Zusätzen) anschließt. — [13]) Daß sogar „Dante der Teilnahme am Morde schuldig" erklärt werden konnte, wenn man Druckfehler phantasievoll ergänzt — es wurde in Hss. und Drucken allmählich aus Busco: Busio, Bobio, Bo, Bon[onia], Bonaccursio — habe ich im Archiv für Strafrecht 54 (1907) 118ff. gezeigt. Ein weiteres spaßiges Beispiel finde ich eben an einer von Fitting Z. 26 (1905) 55 zitierten Stelle aus Azo, die nach Fitting in der ed. pr. lautet: 'sed nec inducit presumptionem secundum Iaco. ar. ff. de questionibus l. maritus' [D. 48, 18, 20], was spätere Drucke mit 'Iacob. Aretin.' auflösten. 'ar' ist aber die Abkürzung von 'argumento', die natürlich auch Fitting, als Editor von oft erprobter Zuverlässigkeit, wohlbekannt ist. — [14]) Die Gefahren der Benutzung unkritischer Drucke ergeben sich u. a. außer aus den § 19 N. 13, 27b, § 20 N. 8 und § 5 N. 38 angeführten Fällen aus Mommsens Ausführungen 1, 35*, Pescatores, Beiträge 4, 147, und den meinen in der Monatsschrift für Krimi-

5. Einen ähnlichen Mißbrauch hat sich die Sigle G gefallen lassen müssen. Wir kennen sie bald hinter zahlreichen Glossen, bald in Zitaten durch andere Juristen, so bes. in der bekannten Erlanger Glosse: „Primo tractavit de natura actionum G.“ [15]) Beide hat Fitting auf Geminianus bezogen. [16]) Beide sind jedoch, wie über jeden Zweifel erhaben, auf Guarnerius = Irnerius zu beziehen; daher die Zuschreibung an Geminianus auf allgemeinen Widerspruch gestoßen ist. [17]) Die Annahme der Existenz eines Juristen dieses Namens beruht überhaupt nur darauf, daß in der um die Wende des 11. Jh. entstandenen, der langobardischen Schule angehörigen Kölner Institutionen-Glosse einmal mit „dicente Geminiano“ ein Ausspruch zitiert wird [18]); ein Ausspruch, der sich ähnlich in einer anonymen Sammlung von aus den Institutionen geschöpften Rechtsregeln findet [19]), Grund genug für Fitting, auch diese Schrift dem Geminianus zu vindizieren. [20]) Wir wissen also über Geminianus so viel wie nichts; haben daher auch keinen Anlaß zu untersuchen, ob er Lehrer an der sagenhaften Rechtsschule Ravenna ge-

---

nalpsychologie 4 (1907) 107f. Der geborene Historiker freilich wird sich meist herausfinden (man vergleiche nur die Zitate bei Laspeyres oder Gierke!); der Unkundige sich durch Anfrage bei Kennern oder Vergleichung verschiedener Drucke zu schützen haben.

[15]) Savigny 4, 64; her. zuletzt von Brinz, Arbor actionum (1854) 9. — [16]) Vgl. Z. 7 (1886) 59 [1], Bologna 66, Questiones 47; und zwar sollte jener Traktat identisch sein mit dem von ihm Jur. Schriften S. 117ff. edierten, was ebenso grundlos ist, wie die von ihm früher (l. c. 62) beliebte Versetzung in Justinianische Zeit. — [17]) Vgl. Conrat 617 [2], Flach 24ff., Pescatore Beiträge 4, 140ff., Patetta Irnerio 86, Seckel Z. 21 (1900) 275 [2]. Neuerdings gibt Fitting zu, daß in der Erlanger Glosse Irnerius gemeint sei und nimmt nunmehr, in der Einleitung zu der von ihm 1894 unter dem Titel: Die Summa Codicis des Irnerius edierten Schrift (S. LXXV) an, daß Irnerius, weil er diese Summe verfaßt habe, auch das von ihm in den Jur. Schriften S. 134ff. edierte Stück über die Aktionen geschrieben habe; früher sollte auch dies sog. Compendium iuris aus Justinianischer Zeit stammen (l. c. 46ff., vgl. Conrat 156ff.). Alle diese Behauptungen sind gleich gut begründet. — [18]) Her. als Glosse 134 zuletzt bei Fitting, Gualcausus 110. — [19]) Her. von Fitting, Schriften 152 cap. 2 und 3. — [20]) Z. 6 (1885) 277, Bologna 65, Questiones 22; dagegen Conrat 340 [2], 539 [1–3], Flach 32ff., Patetta Irnerio 84ff. Mit Argumenten wie den obigen läßt sich jeder als Verfasser von jedem erweisen.

wesen, wie Fitting ursprünglich annahm[21]) oder, wie Fitting neuerdings annimmt, an der nicht minder sagenhaften Rechtsschule zu Rom und dort den Irnerius zum Schüler gehabt habe, mit dessen Ansichten Fitting in den G. gezeichneten Glossen eine (nur allzu begreifliche) Übereinstimmung konstatiert.[22]) Ein Jurist des Namens Geminianus hat also aus unserer Untersuchung auszuscheiden.[22a])

6. Nicht minder aber Gualcausus, der nach neuerlichen Behauptungen Fittings auch als Romanist geglänzt haben soll. Bisher nämlich kannte man ihn nur als in der 2. Hälfte des 11. Jh., vielleicht auch schon im 2. Drittel, nachweisbaren Langobardisten, als Redaktor der nach ihm „Walcausina" genannten Textgestalt des Liber Papiensis[23]) und angeblichen Verfertiger von Fälschungen, die seinen Namen in wenig ehrenvoller Weise unsterblich gemacht haben, indem die Rechtsschulen zu Pavia und Bologna einen lombardischen oder römischen Rechtssatz von zweifelhafter Echtheit oder Gültigkeit als „Lex Gualcosina" bezeichneten.[24]) Nach Fitting soll er dagegen die — für ihre Zeit vortreffliche — Kölner Institutionen-Glosse und die in der gleichen Hs. enthaltene fingiert-Justinianische Konstitution über den Rechtsgang verfaßt haben.[25]) Sein Argument für die Zuschreibung der Glosse (und damit auch der Konstitution) ist, daß sich unter einem zu J. 3, 6, 9 eingeschalteten Stemma Cognationum gereimte Verse befinden, an deren Schluß es (auf Rasur)

[21]) Z. 7 (1886) 59[1]. — [22]) Questiones 44 ff. — [22a]) Und vielleicht aus der Rechtsgeschichte überhaupt! Denn was ist auf Erwähnung eines Namens an einer Stelle einer einzigen Hs. zu geben? Daß freilich nur ein Schreibfehler für „Giustiniano" vorliege, da die betr. Glosse nichts ist als die Erläuterung ihres Gesetzestextes durch einen anderen (J. 3, 26, 18 durch D. 17, 1, 46), bezweifle ich mit Besta Riv. 34 (1902) 206 f. (der lieber Geminianus an die „Rechtsschule" in Mantua versetzt, wo infolge der Verehrung des Heiligen dieses Namens in dem benachbarten Modena dieser Name gewöhnlich sein mußte. . . .) Vorbeugend sei bemerkt, daß der im 15. und 16. Jh. gelegentlich Geminianus gen. Jurist der seit 1407 nachweisbare Dominicus de Sancto Geminiano ist (Schulte, Gesch. d. Quellen 2 (1877) 294). — [23]) Vgl. Boretius LXXV ff., LXXXII ff.; Fitting, Gualcausus 35. — [24]) Savigny 4, 364 ff., Merkel daselbst 568 ff., Boretius l. c., Fitting l. c. 70 ff., Conrat 593[2]. Tamassia 65 ff. — [25]) Fitting l. c. 26 ff., 67 ff.; her. sind die Stücke zuletzt von ihm daselbst S. 92 ff., 122 ff.

heißt: „Hinc Guualcausus(!) ego nullius dicta timebo." Indessen hat Conrat den völlig überzeugenden Nachweis geführt, daß mit diesen Worten das Stemma als nicht mit dem von Justinian daselbst versprochenen identisch, als unecht, als „gualcausisch" bezeichnet werden soll.[26]) Wir haben also keinen Anlaß, dieses die § 16 Nr. 11 besprochenen Pandektenzitate enthaltende, Werk dem ohne jede Kenntnis der Pandekten arbeitenden Redaktor der Walcausina zuzuschreiben.[27])

7. Ist Gualcausus zu alt, so ist Paganus, dem wir uns nun zuwenden, vermutlich schon zu jung, um als der Gesuchte in Frage zu kommen. Genannt findet sich dieser Name zweimal. Erstens in einem der jüngsten, wohl dem 12. Jh. angehörigen Stücke der Turiner Institutionenglosse, Nr. 295 der Savigny'schen Edition (2, 456), wo es zu J. 3, 6, 10 v. „in servili consortio constitutus" heißt: „Paganus subaudivit hic, scilicet: servi.[27a]) Im übrigen kennt ihn die Glosse nicht. Denn es ist willkürlich, wenn Fitting (Z. 7 H. 1 (1886) 59[1]) diesen Paganus mit dem in Glossen der gleichen Hand zitierten anonymen „magister" (Gl. 274) und „p" (Gl. 262, 283, 304) identifiziert; insbes. haben wir keinen Grund, hinter letzterer Sigle (die auch in drei bei Conrat 341[1] edierten Stücken des 12. Jh. wiederkehrt) nicht wie gewöhnlich Placentinus zu erkennen. Andererseits können wir uns auch nicht entschließen, mit Conrat (Z. 8 (1887) 263, Geschichte S. 345[1]) in dem „Paganus" jener freilich höchst überflüssigen Glosse einen „Tölpel" verspottet zu sehen, denn dann wären hunderte von früh- und spätbolognesischen Glossen ganz des gleichen Schlages als tölpelhaft bezeichnet worden.[27b]) Tatsächlich kennen wir denn auch aus einer zweiten Stelle, einer von Pescatore aus der Metzer Hs. 67 saec. XIII (Beiträge

---

[26]) Geschichte 598[1] (593[2]); nachzutragen ist, daß, wie Landsberg Z. 12 (1891) 172 aus Autopsie berichtet, schon vor der Rasur in der Tat Gualcausus dagestanden hat. — [27]) Vgl. Conrat 402; 403[10] ist eine Erwähnung der Digesten in einer (späten) Glosse zur Walcausina verzeichnet. — [27a]) Vgl. wegen des Zeitansatzes dieses Stückes Krüger ZRG. 7 (1868) 49f., Conrat 345[1], Pescatore Beiträge 4, 71[1] in fine. — [27b]) Viele Beispiele aus der accursischen Glosse stellt Berriat-St.-Prix. Hist. du Droit Romain (1821) 289f. zusammen.

4, 71 [1]) edierten „continuatio tituli“ zu D. 42, 4, 15 einen Juristen des Namens Paganus, der möglicherweise mit jenem Paganus identisch und jedenfalls ein Jurist des 12. Jh. ist.[27c]) Er kommt also ebenfalls für uns nicht in Betracht. Anders, wenn wir den neuerlichen Ausführungen Bestas Gehör schenken, Ausführungen freilich, die wir bei dem Verfasser des „Riccardo Malombra“ anzutreffen nicht erwartet haben.[27d]) Schon früher (Irnerio S. 37 [1]) hatte er, um Fittings Annahmen zu bekräftigen, beiläufig darauf hingewiesen, daß in einigen Drucken der Accursischen Glosse zu D. 5, 2, 6 v. „postumus“ (gemeint ist der Casus des Vivianus zu der lex dieses Namens, vgl. Savigny 5, 345) die Sigle „Pa“ erscheint. Damit haben wir in der Tat endlich einmal einen vorirnerischen Juristen erwischt — es ist, wie sich bei aufmerksamer Lektüre der Stelle oder auch aus hier besseren Drucken, z. B. Paris 1515, ergibt, der in § 2 der Lex zitierte, auch sonst nicht unbekannte Pa[pinianus].[27e]) Ausführlich aber kommt Besta auf Paganus zu sprechen in seiner Schrift: L'opera di Vacella e la scuola giuridica di Mantova (Riv. 34 (1902) 207 ff.). Daß er den Paganus der Metzer Glosse mit dem der Turiner und diesen mit dem dort

---

[27c]) Beides nimmt auch Pescatore l. c. an. Ersteres ist freilich bei der Häufigkeit des Namens (vgl. z. B. die Register bei Sarti, Chevalier usw.) unsicher. Zu letzterer Annahme kommt unterstützend hinzu, daß die Accursische Glosse „non ob liberalitatem“ ad h. l. die gleiche Streitfrage erörtert. — [27d]) Wir benutzen gerne die Gelegenheit, auf diese in Deutschland wenig bekannte, von Besta noch als Student (1894) veröffentlichte ganz vortreffliche Arbeit — m. E. die beste Monographie über einen mittelalterlichen Juristen, die wir überhaupt besitzen — hinzuweisen (Exemplar in Münster UB.). Überhaupt gibt es kaum einen auffälligeren Gegensatz als den zwischen den Leistungen der italienischen Rechtshistoriker auf dem Felde der vorirnerischen Literaturgeschichte einerseits, allen anderen Gebieten andererseits: hier gute, z. T. glänzende Leistungen, dort das genaue Gegenteil. Grund: die falsche Gesamtanschauung, mit der man an die Probleme herantritt und die zu irrigen Annahmen oder unzulässigen Folgerungen förmlich zwingt. Es ist sehr bezeichnend, daß der eine italienische Fittinggegner Patetta auch der einzige ist, der auf dem gen. Gebiete wirklich vortreffliche Arbeiten aufzuweisen hat. — [27e]) „Le edizioni della glossa devono essere consultate con gran circonspezione“. Besta, N. 6 der gleichen Seite.

genannten p. und dem „magister“ identifiziert, wird wenig überraschen. Schon überraschender ist, daß er den gleichen Romanisten auch in einem langobardistischen Produkte zitiert finden will, nämlich in Gl. 137 der Kölner Institutionenglosse zu Inst. 3. 27. 2 (ed. Fitting, Gualcausus 110), wo zu den Textworten „ex maleficio“ am Rand „ex malificio P.“ bemerkt ist. Schon Fitting, der angibt, daß er um dieses P. willen hier eine der von ihm sonst übergangenen Variantenangaben aufgenommen hat, hat hierin eine Sigle erblicken wollen (S. 57) und Besta nimmt sie, obwohl man gewiß genau so gut an einen Pepo oder Petrus denken könnte, unbedenklich für Paganus in Anspruch. Erwägt man nun aber, daß in der ganzen Glosse kein einziges Mal eine Sigle gebraucht, und, von Geminianus (N. 18) abgesehen, überhaupt kein Name genannt wird, ferner, daß auch sonst im MA. m. W. niemals Variantenangaben orthographischer Natur mit dem Namen ihres Autors belegt werden, so wird man überhaupt von der Deutung auf einen Juristennamen Abstand zu nehmen haben. Da nun andererseits diese Institutionenstelle wörtlich in den Pandekten (44, 7, 5, 1) wiederkehrt, und die letzteren, wie wir (§ 16 Nr. 11) gesehen, vom Glossator auch sonst mehrfach herangezogen werden, so nehme ich, hierin mit Conrat 596[3] übereinstimmend, an, daß P. eine vom Glossator benutzte Pandektenhs. bedeuten und „Pandectis“ zu lesen sein wird. Noch weit bemerkenswerter aber wäre es, wenn Besta diesem Juristen, wie er behauptet, begegnet wäre in folgender Glosse des bekannten Cod. Vat. Reginae Sueciae 1060 „alle (!) Lomb. 11 (!), 18“: „Nota quod *si* [warum kursiv?] defunctus partem haberet, citra eius consensum nil donare valeret. Sic *pa.* dicit respectu sui filii, non quod defunctus fuerit eius filius Alb“. Nun wird die Interpretation dieser Stelle, in der wir mit Besta für *partem* emendieren *patrem*, dadurch erschwert, daß Besta's von Druckfehlern starrende Arbeit kein verständliches Zitat der Lombarda, zu welcher die Glosse gehören könnte, anführt; es kann aber dem Inhalt nach nur eine einzige Stelle gemeint sein, nämlich II, 18, 7 v. patrem (Ludov. 11, Boretius S. 526). Hier ist nämlich von einer außerhalb des Bezirks der belegenen Sache unter Einschiebung eines Treuhänders per

cartam vorgenommenen Vergabung zum Heile der Seele die Rede, bei welcher singulärerweise weder die Erben des vor dem Investiturakte verstorbenen Veräußerers die carta zurückfordern noch die Erben des etwa ebenfalls verstorbenen Treuhänders den Vollzug der Investitur weigern durften[27f]), und sogar die Einspruchsrechte etwaiger noch vorhandener Ganerben (coheredes) des *defunctus* ausgeschlossen sein sollten; die Stelle schließt: „et hoc observetur erga patrem et filium et nepotem". Dazu bemerkt nun eine in den Ausgaben des Apparats des Karolus de Tocco enthaltene Glosse: „scilicet coheredis, quando patrem habuit"[27g]), und damit erklärt sich vollständig auch unsere ältere Glosse: Albertus, offenbar der bekannte Langobardist, will sagen, daß der *pater* des Textes nicht etwa der Vater des verstorbenen Veräußerers ist — denn letzterer wäre ja, in der Munt des Vaters stehend, nicht handlungsfähig gewesen (daher das „nil donare valeret" der ersten Glosse) — sondern der etwaige Vater eines Miterben. Die Glosse lautet also richtig: „Sic *pa[trem]* dicit (sc. der Gesetzgeber, der „dictator"[27h]) nicht etwa ein Ausleger), respectu sui filii, non quod defunctus fuerit eius filius. Albertus".[27i])

So ist denn Bestas Paganus ein kaum lebensfähiges mixtum compositum aus Papinianus, Pandectis und patrem. Die „romanistisch-longobardistische Rechtsschule zu Mantua", die, um dem angeblichen Bedürfnis eines Zwischengliedes

[27f]) In obiger Auffassung dieser viel besprochenen Stelle vereinigen wir, unter Berufung auf die liber Papiensis-Glossen v. „heredis illius" und „ne heredi" die hinsichtlich der Erbenhaftung abweichenden Meinungen von Schröder, Deutsche Rechtsgesch.[5] (1907) 293f. und A. Schultze, Die langobardische Treuhand (1895) 43, 135[13]. — [27g]) Ich zitiere nach der Ausgabe Lugd. 1600, meine Sammlung. — [27h]) Vgl. zu diesem Sprachgebrauch Siegel, die Lombarda-Commentare, Wiener Sitzungs-Berichte 40 (1862) 166[1], 165[3]. — [27i]) Nichts ergeben zu diesem Punkte die Summen zu L. II, 18 bei A. Anschütz, Die Lombarda-Commentare des Ariprand und Albertus (1855) 110f. An die Deutung Pa[pienses], womit nach J. Merkel Die Geschichte des Longobardenrechts (1850) 47[6] in der gleichen Hs. die longobardischen *antiqui* (?) mehrfach bezeichnet werden, ist hier nicht zu denken. Nach Neumeyers (sehr anfechtbaren) Ausführungen Z. 20 (Germ. Abt.) (1899) 253ff. wäre Albertus Lehrer des Karolus in Bologna; dagegen z. T. mit Recht Besta l. c. 217ff.

zwischen Pavia und Bologna abzuhelfen, infolge einer Andeutung Gaudenzis von Besta kreiert und reich mit Lehrern und Schriften beschenkt worden ist (ohne daß für ihre Existenz im 11. Jh. auch nur der Schatten eines Beweises beigebracht worden wäre), wird sich daher nach anderen Lehrkräften umsehen müssen, als dem von Besta ihr zuerteilten „romanista-longobardista" Paganus.[27k]) Wenn aber zum Schluß noch Besta vorschlägt, Paganus nicht, wie Fitting l. c. will, mit einem in ravennatischen Urkk. von 1029 und 1032 erscheinenden Richter „Albericus quod(!) nominatur Paganus", sondern mit einem andern Paganus zu identifizieren, der in Cremoneser Urkk. von 1081—97 erwähnt wird und möglicherweise auch mit einem in Bergamasker und Veroneser Urkk. von 1086 bis 1095 begegnenden „Ambrogius qui et Paganus", so sind das bei der von Fitting zu Unrecht bestrittenen, von Besta eingeräumten Häufigkeit des Namens (Bauer!) Fragen, die am besten durchs Los entschieden werden.

8. Wir kommen endlich zu einem Juristen, der dem Ort und der Zeit nach tatsächlich als der gesuchte wenigstens in Frage käme: zu Pepo.[28]) Denn Odofredus gedenkt seiner unmittelbar ehe er von dem Auftreten des Irnerius

---

[27k]) Wie Besta Geminianus nach Mantua versetzt, ist N. 22a gezeigt worden. Die erwähnte Arbeit Gaudenzis befindet sich im Annuario dell' università di Bologna 1901 (Lo studio di Bologna nei primi due secoli, S. 97f.). Hierauf gestützt spricht A. Solmi, Storia del diritto italiano (1908) 265 schon von einem Primat Mantuas im Studium des langobardischen Rechts. Bei Gaudenzi hat Mantua noch die Funktion einer Vermittlung zwischen Ravenna und Pavia. — [28]) Alles über Pepo bekannte (oder vielmehr behauptete) ist zusammengestellt in Fittings Aufsatz: Pepo zu Bologna, Z. 23 (1902) 31ff.; wonach im folgenden zitiert wird. Entgangen ist ihm nur eine Bemerkung Bestas (S. 52), wonach in einer Hs. eine zu Eingang y. gezeichnete Glosse zu D. 3, 3, 33, 2 v. quemvis mit den Worten „et hoc secundum p̄" schlösse; es sei nicht unwahrscheinlich, daß damit Irnerius eine Meinung seines Lehrers, hiernach Pepos, wiedergebe. Nun fehlen aber diese Worte, und der Schluß der Glosse überhaupt, in der zweiten von Besta benutzten Hs. (Bd. 2, 1896, 43) so daß es sich um einen — auch syntaktisch kenntlichen — Zusatz zu einer Glosse des Irnerius handelt, der zwar noch ins 12. Jh. fallen wird (wenn Besta II, S. X das Alter der Glossenhand richtig angibt) aber uns nicht weiter interessiert, da irgendein Petrus des 12. Jh. gemeint sein wird.

spricht, freilich nur mit folgenden Worten: „Quidam dominus Pepo cepit auctoritate sua legere in legibus, tamen quicquid fuerit de scientia sua, nullius nominis fuit,“ was trefflich zusammenpaßt mit dem von der Literaturgeschichte bestätigten Zeugnis des Azo, der zu D. 1, 2, 2, 38 v. „cuius tamen scriptum nullum exstat“ „sic in domino Peppo“ bemerkt.[29]) Daß er in Bologna gewirkt — oder vielmehr nicht gewirkt — hat, sagt ausdrücklich zwar keiner von beiden Juristen (den einzigen, die, soweit bekannt, seiner gedenken), doch ist es anzunehmen, da sich anderenfalls sein Name nicht in Bologna so lange hätte erhalten können. Ganz anders stellt sich Pepo nach Fittings neuesten Ansichten dar. Wir tragen jedoch Bedenken, von den drei Argumenten, die Fitting für seine überraschende Behauptung vorbringt, daß Pepo „ein ganz hervorragender und zu seiner Zeit hochberühmter Rechtslehrer“ gewesen sei[30]), auch nur eines auf den von Odofredus gemeinten Bolognesen zu beziehen. Das erste geht dahin, daß in einem Gedichte des Bischofs Gualfred II. von Siena (1085—1127), das allerdings verloren ist, über das wir aber eine prosaische (also freie, vielleicht ganz unzuverlässige) Inhaltsangabe in der (unedierten) Geschichte Sienas von Sigismondo Titio († 1528) besitzen, ein Prozeß zwischen Papst Urban II. (1088—1099) und dem Gegenpapst Clemens III. (1080—1100) fingiert wird, als dessen Richter von den beiderseitigen Anhängern verschiedene Personen zugleich mit „Pepono claro Bononiensium lumine“ vorgeschlagen werden. Für Fitting ist damit „festgestellt, daß er zu seiner Zeit nicht, wie Odofredus will, *nullius nominis,* sondern vielmehr, und zwar weit über Bologna hinaus, als großer Rechtskundiger hochberühmt war,“ für uns, daß damals mit Siena irgendein Pepo in Beziehungen stand, der mindestens ebenso „berühmt“ war, wie seine (mit einer Ausnahme gänzlich unberühmten) Kollegen: nämlich, außer den Bischöfen der benachbarten Diözesen, „Bruno peritus canonista,“ „Magister Ugo Volaterranus,“ „Rogerius Senensis et alter Homerus“ und „Petrus canonista“.[31])

[29]) Fitting 31. — [30]) Fitting 44. — [31]) L. c. 33 f. Das Stück ist ediert von Dümmler, MG. Lib. 3 (1897) 733 f. Von den genannten Epitheta ornantia gibt Fitting nur das auf Pepo bezügliche wieder (!),

Zweitens berichte Gaudenzi (im § 18 N. 11[a] gen. Ort S. 6ff.) über eine Ambrosianische Miscellanhs. kanonistischen Inhalts, worin er einen Vermerk gefunden habe, der „weit älter ist als das 13. Jh." und laute: „Liber iste fuit magistri Peponis. Orate pro eo"; darüber stehe eine radierte Zeile, von der man noch die Worte: „Liber iste est . . . bonon . . ." lesen könnte und die ursprünglich möglicherweise gelautet hätten: „Liber iste est Peponis magistri bononiensis." Da nun der Name Pepo in dieser Zeit selten sei, der zweite Vermerk auf Bologna und damit auf unsern Juristen weise, und der erste „doch nur dann einen Sinn und Zweck hatte, wenn sein Urheber annahm, durch den Hinweis auf einen hochberühmten Mann als früheren Eigentümer seinem Buche einen besonderen Wert zu geben," so „läßt sich von Neuem der Schluß ziehen, daß er zu seiner Zeit sehr namhaft und berühmt gewesen sein müsse."[32]) Einen Kommentar zu dieser Argumentierweise Gaudenzi-Fittings glaube ich mir versagen zu dürfen.[32a])

---

so daß dieser freilich in einer Gloriole erstrahlt. Es ist aber durchaus nicht ausgeschlossen, daß die Charakteristik Pepos von Titio stammt, der überall historische Erläuterungen einschaltet. Nur die weit überschwenglichere Bezeichnung des Rogerius rührt sicher von Gualfred her und ist daher von Dümmler gesperrt gedruckt. Daher wäre sehr wohl möglich, daß ein anderer Pepo gemeint war (vielleicht der sofort zu erwähnende Sienese) und er von Titio mit dem Bolognesen, von dem er irgendwelche Kunde, z. B. aus den vielen verlorenen bolognesischen Chroniken haben mochte, verwechselt wurde. Daß er Zusätze auch dieser Art machte, ergibt der Satz: „Petrus autem, a Gualphredo vocatus, archipresbiter Senensis erat." Auch alle anderen Richter stammen aus dem Sienesischen, außer Bruno, der als Lehrer des Urban erwähnt wird und danach mit dem hl. Bruno von Köln identisch wäre. Eigentümlich ist, daß er von den Gegnern seines Schülers und Gönners als Richter vorgeschlagen wird; vielleicht hat auch hier Titio Personen verwechselt.

[32]) Fitting 34ff. Vgl. über jene Hs. Conrat 490[4]. — [32a]) Nur zu der von Fitting im Vertrauen auf Ficker (3, 133) und Gaudenzi (l. c. S. 9[1]) behaupteten Seltenheit des Namens Pepo sei bemerkt, daß, wie Fitting S. 35 nun selber einräumt, der Name von italienischer Seite als in Toskana häufig erwiesen worden ist; und wenn ihn Chiappelli, Nouvelle Revue historique de droit (1896) 250 als wenigstens außerhalb Toskanas „introuvable" bezeichnet, so muß ich auch diesen Ausweg Fittings (l. c.) abschneiden: ich habe den

Drittens beruft sich Fitting auf die berühmte Urkunde von Marturi (bei Poggibonsi im Sienesischen) 1076, in der das St. Michaelskloster dieses Ortes gegen einen Florentiner auf Herausgabe von Grundstücken klagt, die der Beklagte bezw. sein Rechtsvorgänger (mit an C. 7, 40, 1, 1 anklingenden Worten) „per quadrainta (!) annorum curricula" ersessen zu haben behauptet, welche Einrede aber der Richter „lege Digestorum libris inserta considerata, per quam copiam magistratus non habentibus restitutionem in integrum pretor pollicetur" abweist. Da nun die Urkunde unter ihren Zeitgenossen wegen der Güte des juristischen Gehalts ganz vereinzelt dastehe, in dieser Urkunde unter den sonst unbekannten Schöffen ein Pepo legis doctor erscheine, in anderen, rohen, Urkunden desselben Gerichts dagegen nicht, müsse diese unser Pepo diktiert haben, den wir damit als „nicht allein mit allen Teilen der Justinianischen Gesetzgebung und ihrer Sprache genau vertrauten, sondern auch in der theoretischen Handhabung des römischen Rechtes durchaus geübten und geschulten Rechtskundigen" erkennen.[33]) Hierauf ist erstens zu erwidern, daß die juristische Güte der Urk. stark übertreibend geschildert ist. Diese soll sich z. B. „in dem klaren Wissen, daß die in integrum restitutio ein Institut des prätorischen Rechts ist" zeigen. Tatsächlich stammt dieses „Wissen" einfach aus der angeführten Stelle uud beruht auf dem, in dieser Zeit keineswegs befremdlichen Irrtum, daß Labeo Prätor gewesen[33a]). Denn es heißt in ihr (D. 4, 6, 26, 4): „Ait praetor: 'sive cui per magistratus sine dolo malo ipsius actio exempta esse dicetur'. Hoc quo? ut, si per dilationes iudicis effectum sit, ut actio eximetur, fiat restitutio. Sed et si magistratus copia non fuit, Labeo ait restitutionem

Namen massenhaft in romagnolischen Urkk. gefunden, bes. in ravennatischen: allein der Index des Regesto di S. Apollinare Nuovo ed. Federici (1907) zählt etwa 40 Personen mit diesem oder verwandten Namen auf. (Schon ahne ich die Kombinationen, die sich an diese Bemerkung knüpfen lassen — Pepo, der Vorläufer des Irnerius, als Lehrer an der Rechtsschule Ravenna erwiesen!)

[33]) Fitting 38 ff. — [33a]) Conrat stellt S. 84[1] Beispiele zusammen, in denen die Respondierjuristen für Konsuln gehalten wurden, anders konnte man sich in frühmittelalterlicher Zeit die „Gesetzeskraft des Juristenrechts" wohl nicht erklären.

faciendam." Aber zweitens: selbst wenn der Verfasser der Urk. ein Ausbund an juristischer Gelehrsamkeit gewesen wäre, warum soll er unter den Beisitzern zu suchen sein, und gerade in dem von ihnen, welcher ohne Angabe fremder Heimat, als *legis doctor* bezeichnet wird, eine Bezeichnung, die, wie Fitting selbst angibt, nichts als „Schöffe" bedeutet?[34]) Und drittens: selbst wenn jener Beisitzer, sehr auffälligerweise, der Verfasser der Urk. gewesen wäre[35]) — warum soll dieser Pepo von Marturi mit dem Pepo von Bologna identisch sein, wie freilich schon seit jeher ganz allgemein angenommen wird?[35a]) Dafür spricht, nach den obigen Ausführungen, nichts mehr.[36]) Dagegen aber folgendes: der Pepo von Bologna kann nicht identisch sein mit dem gleichzeitig im südlichen Tuscien als ständiger Vogt des Klosters S. Salvadore di Montamiata tätigen Pepo; das gibt auch Fitting zu.[36a]) Dieser Pepo von Montamiata (oder Monte Amiato) muß aber identisch sein mit dem Pepo von Marturi. Denn er erscheint in Urkk. desselben Jahrzehnts

---

[34]) Bologna 88 p. — [35]) Ficker 3, 126 und in der Note zu seiner Ausgabe der Urk. (Bd. 4 Nr. 73) hält den Richter Nordilus für den Verfasser; Bresslau, Handbuch der Urkundenlehre 1 (1889) 577[2] stimmt bei und hebt die auch sonst erweisliche Sprachbeherrschung des Nordilus hervor, s. S. 595. — [35a]) Die Annahme findet sich zuerst bei Savioli, Annali Bolognesi 1, 1 (1784) 123f., zitiert nach Savigny 2, 230g, danach bei Savigny selbst 4, 7 und seitdem bei Rudorff, Ficker, Landsberg, Flach, Besta, Schupfer, Ricci, Gaudenzi, Zdekauer, Chiappelli, Brugi, Tourtoulon u. a. Einziger Dissentient ist, mit falscher Begründung, Cassani am § 20 N. 5 gen. Ort S. 276. — [36]) Fitting hat seine frühere auf Ficker gestützte Meinung, daß die Bezeichnung *legis doctor* bei tuscischen Rechtskundigen nicht vorkommt (Bologna 84g) infolge zutreffender Ausführungen Chiappellis selbst zurückgezogen (Pepo S. 40); seine Meinung, daß die Bezeichnung der Digestenstelle als *lex* auf Bologna weise, da man außerhalb dieser Schule bei Codex- und Digestenstellen von *capitulum* sprach (Bologna 86f., vgl. auch Z. 8 (1887) 94[1]), wird widerlegt durch die Expositio zum Liber Papiensis (vgl. Conrat 409[1, 4]); andrerseits findet sich auch in Bologna der Gebrauch des Wortes *capitulum*, wie schon Conrat Epitome LXXXI, Pescatore, Beiträge 4, 128[2] nachgewiesen. Fitting will neuerdings von einer Verwertung dieses Umstandes absehen (Pepo 43[3]), auch von der Berufung auf die Seltenheit des Namens Pepo, S. 40, auch von der Berufung darauf, daß „legis doctor" Rechtslehrer bezeichnen soll, S. 43[3]. — [36a]) S. 44[2], ebenso Ficker l. c. S. 104.

(1072, 1078)[37], in demselben (sienesischen) Territorium, in demselben Gericht (der Markgräfin Beatrix und ihrer Tochter Mathilde)[38], in Streitsachen eines demselben Orden (dem der Camaldulenser) angehörigen, von Marturi nur etwa 60 km entfernt liegenden Klosters.[39]

Nach alledem wissen wir über Pepo so viel, wie früher, nämlich nur, daß es nichts wissenswertes über ihn zu berichten gibt. Immerhin ist es denkbar, daß er schon vor Irnerius in den Digesten zu lesen versucht hat — vielleicht der erste gewesen ist, der in Bologna ein Exemplar besessen hat, und diesem Umstand seinen schwachen Nachruhm verdankt. Den geringsten Anlaß, ihn für den Umgestalter der Hs. S zu erklären, haben wir nicht, und unsere Umschau unter den außer Irnerius namhaften Romanisten des 11. Jh. hat zu dem Ergebnis geführt, daß es solche Personen überhaupt nicht gibt.[40]

20. Aber schließen wir hier nicht zu viel? Wäre nicht denkbar, daß der gesuchte ein berühmt gewesener Jurist ist, dessen Ruhm der Neid der Nachfolger, vielleicht des Irnerius selber, später völlig verdunkelt hat, sodaß selbst sein Name uns entschwunden wäre? Wir müssen auch diese wenn auch schwache Möglichkeit ins Auge fassen und werden uns daher nach positiven Zeugnissen für die Urheber-

---

[37]) Fitting l. c. — [38]) Ficker l. c. — [39]) Vgl. Mittarelli, Annales Camaldulenses 1 (1755) 211 ff., 360 ff., zitiert nach der § 3 N. 1 am Schluß genannten Schrift S. 35[1], 36[1]. Nach Kehr in Regesta Pontificum Romanorum, Italia Pontificia 3 (1908) 237 ist es allerdings nicht ausgeschlossen, daß das Kloster in Montamiata damals noch dem Mutterorden, den Benediktinern gehörte. Natürlich kommt darauf nichts an. — [40]) Hat sich überhaupt vor Irnerius (ausgenommen vielleicht Pepo) irgend jemand in Bologna mit römischem Recht als Jurist befaßt? Irnerius selbst gedenkt nie eines Vorgängers; wenn er einmal von „quidam dicunt" spricht und darin Fitting ein „völlig unverwerfliches Zeugnis" für die Existenz einer „älteren Rechtswissenschaft" findet (Schriften S. 111; ein sehr bezeichnendes Beispiel für die Anforderungen, die dieser Autor an einen wissenschaftlichen Beweis stellt), so hat schon Pescatore, Irnerius 27 ff. nicht einzusehen vermocht, warum hier nicht grad so gut Zeitgenossen (oder Schüler) gemeint sein können (daselbst viele weitere Beispiele solcher Anführungen und im Zusammenhang damit S. 26 Berichtigung ähnlicher Vermutungen Landsbergs). Die Schriften Chiappellis, Schupfers u. a. liefern noch weitere Beispiele dieser Argumentation, worauf nicht eingegangen werden soll.

schaft des Irnerius umsehen. Freilich werden wir nicht erwarten dürfen, von jener in der Stille der Studierstube und vor Beginn der Rechtsschule vorgenommenen Tätigkeit einen irgendwie ausführlichen Bericht anzutreffen. Aber wenigstens eine Andeutung hiervon glaube ich in einer bisher noch nicht befriedigend erklärten Stelle aus dem berühmten Berichte zu erblicken, den Burchard von Biberach, Probst von Ursperg († 1230) über Irnerius erstattet hat.[1]) In seiner bis 1229 reichenden Chronik nämlich gedenkt er bei Gelegenheit der „Gesta Lotharii“ (1125—1137) zunächst seines Standesgenossen Gratian und fährt dann fort: „Eisdem quoque temporibus domnus Wernerius libros legum, qui dudum neglecti fuerant nec quisquam in eis studuerat, ad petitionem Mathildae comitissae renovavit et secundum quod olim a divae recordationis imperatore Iustiniano compilati fuerant, paucis forte verbis alicubi interpositis, eos distinxit. In quibus continentur Instituta“ usw., es folgt eine z. T. gute Beschreibung der Iustinianischen Gesetzbücher.[2])

Wie die gesperrt gedruckten Worte zu erklären seien, ist seit Alters her strittig. Fünf Meinungen zählt schon Savigny auf (4, 26a). Die erste, die jene Worte auf Iustinians Interpolationen bezieht, nennt Savigny mit Recht „ganz verwerflich“, obwohl sie von Cujaz stammt.[3]) Wie sollte der Probst von jenen (ihm schwerlich bekannten) Dingen bei einer Notiz über Irnerius sprechen? Die zweite, Bynkershoeks, daß sie auf die Authentiken gingen, scheitert schon daran, daß diese Art der Glossen eine nennenswerte Rolle nur in einem der Rechtsbücher, dem Codex, spielten. Die dritte Meinung, durch Savigny zur herrschenden geworden, will sie auf die Interlinear-Glossen des Irnerius beziehen, ist jedoch unvereinbar mit den Worten *forte, alicubi, paucis, distinxit* und wohl auch *verbis*. Die vierte Meinung, Grupens, wonach

---

[1]) Her. zuletzt von Abel und Weiland MG. SS. 23 (1874) 342 und danach gedruckt u. a. bei Fitting, Bologna 96. Vgl. über Burchard: Wattenbach, Deutschlands Geschichtsquellen 2[6] (1894) 448ff. — [2]) Conrat 96[2] scheint diese Beschreibung dem bekannten Bericht des Paulus Diaconus (ebenda 98[5]) nachgebildet; ich kann keine Ähnlichkeit finden. — [3]) Und (ohne Berufung auf ihn) von Puchta aufgegriffen wurde (Jahrbücher d. ges. deutschen jur. Lit. 7 (1828) 142).

hier von den Worten *Digestum vetus, Infortiatum* und *Digestum novum* die Rede sei, übersieht u. a., daß Burchhard nicht nur von den Digesten spricht; das gleiche tut Hugo, der an die Worte *tres partes* denkt, welche nach ihm den Angelpunkt der Dreiteilung bilden.[4]) Eine sechste Meinung scheint, wenn ich ihn recht verstehe, Tamassia zu vertreten. Hiernach soll Burchhard, um die Parallele durchzuführen, auf gut Glück dem Irnerius etwas den Dicta Gratiani analoges zugeschrieben haben[5]); da aber hiervon nicht einmal bei Erwähnung Gratians die Rede ist, ist auch diese Deutung abzulehnen. Dann aber bleibt, so viel ich sehe, nur noch eine: Daß Burchard, oder vielmehr der alte italienische Chronist, aus dem er nachweislich schöpfte, eine dunkle Kunde von jener rezensierenden Tätigkeit des Irnerius (die sich natürlich nicht nur auf die Pandekten erstreckt haben wird) empfangen hat und zugleich in Erinnerung der Tatsache, daß erst die Bolognesen die vollständige Iustinianische Compilation an Stelle der bis dahin allein gekannten Trias: Institutionen, Epitome Codicis und Epitome Iuliani, gesetzt hatten, folgendes hat sagen wollen: „in der gleichen Zeit hat auch Herr Werner die Rechtsbücher, welche bis dahin vernachlässigt und von niemandem studiert worden waren, auf Wunsch der Gräfin Mathilde einer Erneuerung unterzogen[6]) und sie gemäß dem, wie sie einst von Kaiser Iustinian heiligen Angedenkens zusammengestellt worden waren — vielleicht nachdem er hier und da einige Worte eingeschoben hatte — (folgendermaßen) eingeteilt: unter ihnen befinden sich die Institutionen" usw.

Außer dieser besitzen wir nur noch eine Nachricht über die Anfänge des Irnerius (alles übrige wird mit Recht unter die Fabeln gezählt) und gerade sie paßt mit unserer Annahme, wenn auch ohne sie gerade notwendig zu machen, aufs Beste

[4]) Angeblich ist Hugo von Savigny l. c. mißverstanden worden, worüber er sich in seinem Civilistischen Magazin 6 (1837) 43f. 545ff., bitter beklagt. Daselbst (S. 392) werden noch einige weitere, ganz unsinnige Deutungen angeführt. — [5]) Odofredo 96[4]. Unverständlich sind die einschlägigen Bemerkungen in der (wertlosen) Schrift von Cassani Dell'antico studio di Bologna (1888) 138ff. — [6]) Doch kann *renovavit* auch nur „wieder neu zu Ansehen gebracht" heißen.



überein. Es sind dies die drei bekannten Erzählungen des Odofredus, dem man freilich nur dann Beachtung schenken darf, wenn, wie hier der Fall, das Berichtete an sich wahrscheinlich und der Bericht in sich übereinstimmend ist.[7]) 1. Lectura zu D. 1, 16 (ff. de iustitia et iure l. ius civile): „D. Yrnerius dum doceret in artibus in civitate ista ... cepit per se studere in libris nostris et studendo cepit docere in legibus." 2. zu C. 1, 2, 14, 9 (de sacrosanctis ecclesiis l. iubemus § si quando v. petitione prestetur)[8]): „D. Yrnerius erat Magister in artibus et ... studuit per se sicut potuit, postea cepit docere in iure civili." 3. zu C. 2, 21, 9 (de in integrum restitutione l. non videtur): „D. tamen Irnerius, quia loicus fuit et magister fuit in civitate ista in artibus, antequam doceret in legibus, fecit unam glosam sophysticam que est obscurior quam sit textus." Wir erfahren also aus allen drei Stellen, daß Irnerius vor seinem Auftreten als Rechtslehrer in Grammatik und Dialektik (Logik) unterrichtet hat, eine Nachricht, an der mit Recht noch nie gezweifelt worden ist[9]), und die in jener „sophistischen" d. h. dialektischen Glosse wenigstens in soweit, als sie seine Kenntnisse auf diesem Gebiet erweist, eine Bestätigung findet.[10])

---

[7]) Die Stellen stehen u. a. bei Savigny 3, 427 II; 4, 11f. (auch S. 5a); 4, 12 und zusammengestellt bei Fitting Bologna 79a. Die erste hier nach einer Florentiner Hs. bei Patetta, Summa 25. — [8]) Von allen Schriftstellern (die teils auf Savigny, teils auf Tamassia 89 zurückgehen) wird diese Stelle irrtümlich als Erklärung der Aut. qui res zur gleichen lex zitiert. Man hat sich durch die Einrichtung der benutzten Drucke irreführen lassen; ich selbst zitiere nach dem ebenfalls schlechten Druck Lugd. 1552 meiner Sammlung. — [9]) Es genüge auf die Übereinstimmung bei Fitting Questiones 37 und Conrat Epitome CCC zu verweisen. A. M. wohl nur, ohne Begründung, Tamassia 95. — [10]) Vgl. die Glosse selbst bei Savigny 4, 466 Nr. 35 und dazu verständnislose Bemerkungen bei Boncompagni l. c. (s. § 5 N. 13) 292 a — wo es beachtenswerter Weise heißt: „Item Guarnerius, qui prius rexisse dicitur in iure civili" — ferner in den Lekturen des Azo und Odofredus und in der Glosse des Accursius ad h. l. Auf solche Glossen sind auch Bezeichnungen des Irnerius *vir subtilis* usw. (Savigny 4, 27b), in denen Fitting (Questiones 33, Z. 17 (1896) 63f.) Anspielungen auf den Verfasser der Questiones de iuris *subtilitatibus* erblicken will (!!), zu beziehen, falls man mehr in ihnen suchen will als unverbindliche Elogien; denn andere Glossatoren, insbes.

Was war dann natürlicher, als daß Irnerius den in seinen Besitz gelangten Pandektenkodex zunächst auf jene von uns geschilderte, hohe philologische Begabung verratende, Weise bearbeitete? In diesem Teil der Rezension von S haben wir also das Verbindungsglied zwischen der grammatischen Behandlung der Rechtsquellen in langobardischer und der juristischen in bolognesischer Zeit greifbar vor uns, und vielleicht hat sich Irnerius an dieser Aufgabe vom Grammatiker zum Juristen entwickelt. Da nun aber eine solche Tätigkeit in den Formen des mittelalterlichen Unterrichtswesens weder erlernt noch gelehrt werden konnte, so wird das von Odofredus zweimal, als dem *docere* vorangehend, hervorgehobene *per se studere* noch begreiflicher als es schon bisher gewesen.

21. Wie die Berichte der Chronisten, sind mit unserer Annahme im besten Einklang auch die Tatsachen der Textgeschichte. War der Urtext der *litera bononiensis* enthalten im Exemplar des Stifters der Rechtsschule, so ist es nicht weiter verwunderlich, daß dieses einen Exemplares Text zum Vulgattext werden konnte (§ 16); war der Kodex S die Handschrift des berühmten Lehrers und von ihm selbst mit Glossen versehen, d. h. mit in der Absicht der Veröffentlichung durch Abschrift eingetragenen Erklärungen (wie schon Savigny 3, 558 richtig definiert hat), so begreift es sich, daß so viele unmittelbare Abschriften — offenbar im Auftrag seiner Schüler — von diesem Kodex hergestellt wurden (§ 15); und ist, wie noch zu zeigen sein wird (§ 23), in diesem Kodex zuerst die Dreiteilung vorhanden gewesen und demgemäß von Irnerius selbst zur Grundlage des Studiengangs gemacht worden, so erscheint weniger auffällig, daß sie auch dann sich noch erhielt, als ihr bescheidener Sinn längst vergessen worden war und ihr die Autorität der schon im 12. Jh. aus der Florentina restituierten Const. Omnen (s. § 7 N. 6) und damit des Justinianischen Studienplans längst entgegen getreten war.[1])

Placentinus, sind mindestens ebensogute Syllogistiker wie Irnerius; vgl. auch die Glossen des J[acobus] bei Pescatore, Irnerius 58[2].

[1]) Die erste nicht dreiteilige Digestenausgabe erschien erst 1527/8; die letzte dreiteilige noch 1621, vgl. Spangenberg 944. Das älteste Zeugnis, das Savigny (3, 265) für die Dreiteilung als Grundlage des

So fügt sich das wunderbare Geschick des Kodex S als Schlußstein unserm Beweisgang ein, und nachdem wir gesehen, daß die Rezension seines Textes in derselben Zeit beendet war, in der Irnerius als Lehrer aufgetreten sein wird, zu Beginn der 90er Jahre des 11. Jh. (§ 18), daß diese Rezension eine hohe philologisch-juristische Begabung bekundet, wie wir sie allerdings dem Irnerius zutrauen dürfen, aber keinem seiner als Romanisten für uns überhaupt nicht vorhandenen Zeitgenossen (§ 19), und daß das wenige, was wir von seinen Anfängen wissen, mit unserer Annahme völlig harmoniert, z. T. durch sie erst verständlich wird (§ 20) — so bleibt nur ein Gegengrund: Wie kann eine von vornherein so naheliegende Hypothese, von jener Bemerkung Mommsens abgesehen (§ 17), bisher unaufgestellt geblieben sein, wenn sie nicht aus den sog. „inneren Gründen" unmöglich ist?

Dem können wir nur eins entgegenhalten: was in der Theologie möglich gewesen, kann in der Rechtswissenschaft nicht unmöglich sein. Es besteht hier aber die folgende Parallele (eine aus den unzähligen im Gebiet der beiden Schwesterwissenschaften). Man hat schon oft die beiden ge-

---

Unterrichts kennt, sind die ihr folgenden Lekturen (nachgeschriebene Collegheft) des Odofredus † 1265. Hätte sie aber nicht von Anfang an bestanden, so würden notwendig die von den Studenten gebrauchten Hss. Spuren einer anderen Teilung zeigen, was nicht der Fall ist (§ 22). Auch beweist das § 24, 28 zu besprechende Introitum digesti veteris unmittelbar die Existenz von Vorlesungen über einen der Teile schon im 12. Jh. Nach Schupfer in Atti d. R. Acc. d. Lincei, Memorie d. Classe di science morali Ser. 4 Bd. 6 (1889) Sep. Abz. S. 31 und Manuale di storia del diritto italiano 4 (1908) 609 bezeugt freilich noch Accursius, „che l' ordinamento degli studî era ancora quello di Giustiniano", nämlich in der Glosse „singulares" zur Const. Omnem § 3, wo es heiße: „Libri singulares sunt hodie x et vij." Aber es ist ständige Terminologie der mittelalterlichen Rechtsliteratur, daß *hodie* den durch Iustinian eingeführten Rechtszustand bezeichnet; vgl. zum Überfluß Conrat Epitome CCX, Geschichte 557, 572[1] und des Accursius eigne Glosse „singulares" zur gleichen Constitutio. Natürlich findet sich auch der Gebrauch von *hodie* im Sinne mittelalterlicher Gewohnheit (dafür auch *de consuetudine* oder *de facto*) und so gesteht Accursius selber schließlich (§ 5 l. c. gl. „et legere"): „sed hodie hic ordo non servatur" und „de facto secus servamus". Ebenso sagt des Accursius Zeitgenosse Odofredus an einer von Schupfer selbst nach Savigny 3, 265 N. f. zitierten Stelle: „Sed nos de consuetudine non servamus istum legendi ordinem."

schichtlich bedeutsamsten Werke, das Corpus iuris und die Bibel, in Vergleich gezogen. Will man ihn ausführen, wird man vergleichen müssen die Pandekten (das *ius vetus*), und das Testamentum vetus; die Schule der Glossatoren mit der Schule der Masorethen, „welche sich mit dieser Überlieferung erhaltend, ausbauend, bearbeitend beschäftigten“[2]); und das Oberhaupt der einen, Irnerius, mit dem Oberhaupt der anderen, dem Rabbi Ahron ben Moscheh ben Ascher, der in der ersten Hälfte des 10. Jh. in Tiberias Schule hielt.[3]) Nun denn: Wie ein Vergleich von mehr als 1000 Hss. ergeben hat und widerspruchslos von den Fachmännern aller Bekenntnisse anerkannt wird, geht der gesamte hebräische Vulgattext der Bibel in allen Hss. zurück auf den einen „Kodex ben Ascher“, auf das Handexemplar des theologischen Irnerius.[4])

Kapitel IV.

Die Dreiteilung der Vulgatdigesten.

Es bleibt nun noch ein Teil unserer Aufgabe: die Dreiteilung zu erklären, die wir zugleich mit dem Vulgattext entstehen sehen werden (§ 23) und die in Unterricht und Literatur ein halbes Jahrtausend hindurch seine Geschichte beherrscht.[5]) Eines der verrufensten Probleme der Rechtsquellenkunde, gilt es heute fast allgemein als nicht gelöst und nicht zu lösen. „Es wird hier allerdings stark mit unerweislichen Zufällen gerechnet“ bemerkt Conrat (77[3]) zu dem Erklärungsversuche Mommsens, „indeß ohne diese läßt

---

[2]) Strack in der Realenzyklopädie für prot. Theol. 12 (1903) 394. — [3]) Strack l. c. 397. — [4]) Vgl. Grätz, Geschichte der Juden 5, 344, zitiert nach Kaulen in Wetzer und Welte, Kirchenlexikon 2 (1883) 671 und drittens Dillmann-Buhl in dem N. 2 gen. Ort 2 (1897) 725, auch den vortrefflichen Artikel „Bibel“ bei Brockhaus 2[14] (1901) 938. (Streitig ist allein, ob ein in Aleppo aufbewahrter Kodex mit dem Archetyp identisch ist). Die Schwierigkeiten, die hieraus für die Textkritik (bei welcher dann die Septuaginta die Rolle der Basiliken spielt) und infolgedessen für das Inspirationsdogma erwachsen, liegen auf der Hand. — [5]) Vgl. § 21 N. 1. Vereinzelt findet sich außerdem eine Verwertung der Dreiteilung in Zitaten zwecks Erleichterung des Nachschlagens durch den (kanonistischen) Leser, nämlich in der 1. Hälfte des 13. Jh. bei Johannes de Deo, s. Savigny 3, 636.

sich eben nicht auskommen.“ Kipp spricht von einer „eigentümlichen Dreiteilung, zu welcher Zufall und Absicht zusammengewirkt haben müssen“[5a]), ohne eine Absicht namhaft zu machen. Dernburg fragt sich, ob die Dreiteilung „auf Erfindung beruht, oder im Zufall ihre Veranlassung hat. Die erste Ansicht unterstellt einen Aberwitz schlimmster Art“[6]) und entscheidet sich demgemäß für den Zufall. Auch Bruns-Lenel sprechen von „allerlei Zufälligkeiten. Wir haben darüber nur unklare und widersprechende Nachrichten“.[7]) „Wie die Dreiteilung entstanden, dafür fehlt jeder Anhalt“, so Krüger S. 383. Ähnlich äußern sich die französischen und italienischen Autoren.

Wenn wir nun zu einer Lösung gelangen wollen, so müssen wir, auf die Gefahr hin, die Darstellung zu verlängern, zwei Probleme trennen. Erstens: wie erklären sich die Begrenzungen der drei Teile, also die Zäsuren bei 24, 2 ‖ 3 und bei 38 ‖ 39, oder — wenn man den Abschnitt bei den Worten *tres partes* besonders zählt — ferner noch die Zäsur in 35, 2, 82? Zweitens, wie erklären sich die Namen der so entstandenen Teile? Bei Beantwortung dieser — einander keineswegs präjudizierenden — Fragen werden wir jedesmal zunächst den handschriftlichen Befund darstellen (§ 22, 26), hieraus das Alter der fraglichen Tatsachen ermitteln (§ 23, 27), sodann die hauptsächlichen bisherigen Erklärungsversuche widerlegen (§ 24, 28) und zum Schluß unsere eigene Erklärung geben (§ 25, 29).

22. Den handschriftlichen Befund beschreibt Mommsen zutreffend, wenn er (S. XXXXV) sagt: „necque ullus quod sciam inter eos est, quin ad tripartitionem in scholis illis receptam aut scriptus sit aut certe vestigia eius prae se ferat“. Denn in der Tat befinden sich unter der ungeheuren Schar der Hss., die Mommsen (ebenda) wohl sehr vorsichtig auf etwa 500 schätzt (und dazu kämen dann noch die Hunderte von Ausgaben vom 15. bis ins 17. Jh. hinein), nur ganz wenige, die von der Dreiteilung abweichen, und keine,

---

[5a]) Geschichte der Quellen des römischen Rechts[3] (1909) 164. — [6]) Pandekten 1[7] (1902) 14[1]. — [7]) Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie 1 (1904) 169.

die nicht durch Rubriken oder andere Zeichen Abstammung von dreigeteilten Hss. verriete.[1]) Die Abweichungen selbst sind von der allerverschiedensten Art. Es gibt Hss., in denen das ganze Corpus iuris civilis in einem Bande vereinigt ist[2]), es gab eine, in der es auf zwei Bände verteilt war, und in der gleichen Bibliothek eine, in der Digesten mit Institutionen und Autenticum einen Band bildeten[3]); eine, in der sie und der Kodex in einem Band vereinigt waren[4]), verschiedene, in denen sie einen Band für sich bilden, so Mommsens eigner Kodex C (XXXXVII). Alciats Hs. war in zwei Bände (bei 35 || 36) geteilt.[5]) Auch unter den dreibändigen sind einige nicht normal abgegrenzt. Die drei ältesten des Vetus (PVU) enthalten noch die ersten Zeilen des Infortiatum (bis 24, 3, 2 v. trigesimo), wovon noch zu sprechen sein wird (§ 25 N. 1), eine weitere sehr alte (T) noch etwas mehr (bis 25, 3, 5, 13 v. dixerit patrem)[6]). Eine, Mommsens Hs. W saec. XII, enthält nur einen Teil des Infortiatums, indem sie bei Buch 26 beginnt und, verstümmelt, in Buch 37 schließt[7]);

---

[1]) Die einzige Ausnahme scheint Turin F. II. 14 (früher 333) zu sein, die bei 24, 2 || 3 keine Abteilung macht, wenn Savigny (3, 424 c) von Clossius recht berichtet worden ist, was, da Patettas Beschreibung Riv. 9 (1890) 387 davon schweigt, zweifelhaft ist. — [2]) Es scheinen 10 bis 11 noch heute vorhanden. Vgl. Prodromus corporis iuris civilis (1823) 72, 322 Nr. CLXI, Dydyński 106[1] (?), Patetta, Bull. 4, 28f. Auch die päpstliche Bibliothek besaß eine solche, Nr. 358 des von P. Ehrle im Archiv f. Lit. Gesch. des MA. 1 (1885) 21 ff. edierten Inventars von 1295. Eine dieser Hss., Leiden Cod. Lat. 11 D., saec XIII/XIV, umfaßt mit samt den Libri feudorum nur 457 Bl. (unglossiert), s. K. Lehmann, Das langobardische Lehnrecht (1896) 15 Nr. 46. — [3]) Sie befanden sich in der Bibliothek der Abtei zu Peterborough (Grafschaft Northhampton), über welche wir einen Katalog besitzen, den der Abt Benedikt anlegen ließ (bekleidete dies Amt 1177—1193, vgl. Dictionary of National Biographie 4 (1885) 214). Nach diesem oft gedruckten Schriftstück, das infolge des verstümmelten Abdrucks bei Savigny 3, 430a zu übereilten Folgerungen (s. N. 13) Anlaß gab, enthielt Bd. 32: Institutiones Justitiani (!), cum Autenticis, et infortiato, Digestum vetus, tres partes, cum Digesto novo; 33: Summa Placentini; 34, 35: totum corpus iuris in duobus voluminibus. Vgl. Ducange 4 (1885) v. Infortiatum, Catalogi bibliothecarum antiqui coll. G. Becker (1885) 239. — [4]) Bynkershoek gehörig (wo jetzt?), vgl. Brencmann 289. — [5]) Savigny 3, 424c. — [6]) Es ist die N. 1 gen., vgl. Mommsen XXXXVIIII, ausführlich Patetta Riv. 9 (1890) 386ff. — [7]) Vgl. XXXXVIIII, Savigny 3, 432c.

eine andere, Q, außerdem einen Teil des Novum, ist aber vorn und wohl auch hinten unvollständig (27, 1, 31 bis 43, 4, vgl. LI). Aus diesen Tatsachen oder einigen willkürlich herausgegriffenen Schlüsse zu ziehen, wie dies oft versucht worden ist, ist unstatthaft; es genügt, das Material, wie eben geschehen, zusammen zu stellen, um zu sehen, daß hier nichts weiter vorliegt als willkürliche Abweichungen infolge der Laune des Schreibers oder eines Bedürfnisses des Auftraggebers oder gar nur zufällige Verstümmelungen und nachträgliche Vereinigungen beim Einbinden.[7a]) Das einzige auffällige, was ich in alledem finden kann, ist umgekehrt, daß fast alle Schreiber sich der absonderlichen Teilung gefügt haben — offenbar eine Folge der auf ihr ruhenden Studienordnung.

Ähnlich steht es in Bezug auf die Tres Partes im besondern. Man hat aus ihnen die ganze Dreiteilung erklären wollen und behauptet, daß sie ursprünglich einen Teil für sich oder den Anfang des Digestum novum gebildet hätten und erst später zu dem durch sie „verstärkten“ „Infortiatum“ geschlagen worden seien. Der handschriftliche Befund ist dieser Meinung, die uns noch beschäftigen wird, nicht günstig, und vergebens schaut man sich nach der Schar der Hss. um, die, wenn wir Schreiberlaune ausschließen wollen, Spuren solchen Ursprungs bewahren müßten. Das Gegenteil ist der Fall. Ich kenne unter den erhaltenen Hss. keine der Tres Partes für sich allein; keine, in der sie den Anfang des Novum bilden; keine, in der sie dem Infortiatum mangeln.[7b]) Dagegen beginnt mit jenen Worten allerdings ein Abschnitt innerhalb des das Infortiatum bildenden Bandes, und zwar

[7a]) Um letzteres dürfte es sich handeln bei einer Hs. des Cujaz: „Digestum novum et Infortiatum cum glossis“ (Nr. 87 eines Katalogs von 1574, Nouv. Rev. histor. 9 (1885) 236; das Nachlaßinventar von 1590, l. c. 12 (1888) 632ff. gibt keine Auskunft. — [7b]) Allerdings erwähnen Savigny 5, 53e und Helssig im § 12 N. 42 gen. Katalog S. 4f. eine Leipziger Hs. 874 (deren Facsimilierung durch A. Kriegel und Benutzung durch Mommsen, vgl. I, 35*, 46*, bei Helssig nachzutragen sind), die das Infortiatum ohne die Tres Partes enthält; doch sollen nach Helssig am Schlusse Lagen fehlen. Schupfer, Manuale di Stor. d. dir. Ital.[4] (1908) 605, erwähnt eine solche Hs. aus einem nicht näher bezeichneten Katalog von 1246.

scheint am häufigsten zu sein, daß mit ihnen eine neue Seite anfängt.[8]) Andere Hss. begnügen sich mit dem Beginn einer neuen Spalte, z. B. der Cod.* Bamberg, Jur. 15; andere mit einer neuen Rubrik[9]), andere, wie die meisten Drucke, mit einer neuen Zeile, und sogar damit, daß sie mitten in der Zeile die beiden Worte oder einen Teil derselben durch farbige Initialen auszeichnen.[10]) Kein Wunder daher, daß sich auch solche finden, in denen überhaupt kein Absatz gemacht wird, so Paris 4452.[11]) Aber ebensowenig dürfen wir uns andererseits wundern, wenn gelegentlich hier ein neuer Band begann, dem dann auch das Novum angehörte oder der für sich bestand. Das ist in drei Fällen nachweisbar: im Testament des Albertus Odofredi von 1299, in dem ein „Infortiatum quod est in tribus voluminibus, scilicet Infortiatum in duobus voluminibus et tres partes in alio volumine“ aufgeführt wird[12]), was aber nicht hiermit, sondern mit der Einteilung in 7 Unterteile zusammenhängt (s. N. 20 a). Ferner aus einer Bemerkung Placentins (1192), der, wohl in den 70er Jahren des 12 Jh., von dieser Stelle als dem Orte spricht, „ubi liber Digestorum novorum capit initium“.[13])

---

[8]) So Brencmann S. 229 und in der Note bei Gebauer ad h. l. Die Rechtshandschriftenkataloge, auch der bisher beste — Helssigs — schenken diesem Punkte meist keine Aufmerksamkeit, eine rühmliche Ausnahme bildet Schraders Mitarbeiter Hach, Kurze Nachricht von einigen in Englischen Bibliotheken aufbewahrten Hss., welche Teile des Corpus iuris civilis enthalten, Z. f. gesch. Rechtswissensch. 5 (1825) 160ff., der Hss. dieser Art S. 162 (London) 163 (Cambridge) 168 (do) 169 (do) erwähnt. Vgl. noch § 26 N. 1. Aus Mommsens Beschreibungen, die von großer Lückenhaftigkeit sind (selbst Angaben über Provenienz. Blattzahlen, Überschriften fehlen fast durchweg) ist fast nichts hierüber zu entnehmen. Doch gibt er in bezug auf seinen eignen Kodex C an, daß den *Tres Partes* Explicit und Incipit vorangeht (XXXXVIII), also wohl auch Seite oder Spalte hier wechselt. — [9]) Spangenberg 509 Nr. 37, vgl. Nr. 38, wohl auch Brencmanns Cod. Vatic. Pal. Nr. 1, S. 282. — [10]) Z. B. liest der Cod. K nur TRES PARtes (Praef. L). Etwas anders beschreibt diese Stelle Hach (N. 8) S. 166. In einer von ihm 165 beschriebenen Hs. besteht die Abteilung bloß in einer Miniatur. — [11]) Savigny 3, 424 c, ferner in einem Oxforder Kodex, Hach (N. 8) S. 162. — [12]) Savigny 3, 424 d. — [13]) Savigny 3, 430 a. Er führt als weiteres Beispiel den N. 3 gen. Katalog an, aus dem er aber nichts als die Worte „Tres partes cum Digesto novo“ zitiert. Auf die Placentinstelle legt er daselbst entscheidendes Gewicht als

Damit meint er einige Hss., vielleicht nur sein eigenes Exemplar, und nicht etwa einen allgemeinen Brauch, dessen Gegenteil ja u. a. schon die allein aus dem 12. Jh. erhaltene Infortiatumhs. W erweist (vgl. N. 7). Drittens aus einem höchst interessanten Katalog des Klosters Bec in der Normandie, enthaltend 113 Bücher, die Philipp von Harcourt als Bischof von Bayeux, d. h. zwischen 1142—1164[14]), dem Kloster vermacht hat.[15]) Unter diesen Büchern, die z. T. recht sonderbar zusammengefügt sind — der 64. Band z. B. besteht aus einer Schrift Ciceros und einer des hl. Hilarius — findet sich nämlich als 70. Band angeführt; „in alio tres partes et digesta nova". Selbstverständlich kann hieraus ebensowenig ein Schluß gezogen werden, wie daraus, daß „in alio" (dem 72. Band) „inforciata et liber autenticorum", „in alio" (Nr. 73) „liber institutionum et tres libri codicis" vereinigt sind, so daß die übliche Ordnung des „Volumen" (Institutionen, Autenticum, Tres Libri) ebenso gestört erscheint als die der Digesten (von denen „in alio" — Nr. 71 — „digesta vetera" enthalten sind; es fehlt auch nicht am „Codex", der Band 69 ausmacht).[16]) All das Aufgeführte sind verschwindende, nicht im mindesten auffällige Ausnahmen von der durchgängigen Regel, daß die Tres Partes nur einen Abschnitt innerhalb des Infortiatums bilden. Daher kann es denn andererseits nicht überraschen, daß mit diesem wie mit jedem beliebigen anderen Abschnitt gelegentlich die Schreiberhand wechselt[16a]),

---

Stütze seiner unten zu erwähnenden Erklärung des Namens Infortiatum, ebenso Hugo bei Savigny 3, 439 und viele andere.

[14]) Gams, Series episcoporum (1873) 507. — [15]) Gedruckt u. a. bei Becker l. c. (s. N. 3) 199ff. — [16]) Am bemerkenswertesten ist Nr. 73, die wohl die älteste nachweisbare Sonderhs. der Tres Libri darstellt. Endlich ist noch ein Band (74) „instituta Justiniani minora" da, was Fitting Bull. 4 (1891) 175 [2] auf eine Abbreviatio Institutionum bezieht, während ich an ein zweites, nicht, wie Nr. 73, mit den Tres Libri vereinigtes, und daher kleineres Exemplar denke; womit der legistische Bestand erschöpft ist. — Ähnliche Zusammenstellungen weist das N. 2 gen. päpstliche Inventar auf: Nr. 364. Item autenticum et anforciatum (auch Nr. 363 soll zwei Exemplare des *anfortiatum* enthalten). Nr. 366. Item instituta et tres partes (jedenfalls, wie in N. 20a, Schreibfehler für *tres libri*). — [16a]) Z. B. in Brencmanns Cod. Vat. Pal. Nr. V, S. 283.

worin man ebenfalls Zeichen ursprünglicher Nichtzusammengehörigkeit hat erblicken wollen.[17]) Wenn aber der Schreiber wechselte, so wechselten natürlich auch die Grundsätze oder die Sorgfalt der Wiedergabe, z. B. hinsichtlich der Inskriptionen; es ist daher nicht überraschend, daß der Cod. Paris. 4473 fast nur in den Tres Partes vollständige Inskriptionen hat[18]), der Kodex K umgekehrt fast nur in den Tres Partes unvollständige Inskriptionen hat (S. L.) Aber auch in diesem Punkte, auf den man aus gleichem Grunde das größte Gewicht gelegt hat[19]), zeigen die Hss. nicht die mindeste Gesetzmäßigkeit; von den weiteren vier bei Mommsen (XXXXIX ff.) angeführten Hss. des Infortiatums fehlen die Inskriptionen in W in Buch 29 und von 34, 5, 2 ab; in D von 27, 2, 2 ab, in E überall außer von 26, 5, 9 bis 29, 3, 3, in J von 26, 2, 20 bis zum Beginn der Tres Partes und in diesen wieder von 37, 4, 4 ab. Lediglich die Willkür der Abschreiber der betr. Hss. bezw. ihrer Vorlagen bestimmt also die mehr oder minder große Unvollständigkeit der Inskriptionen (nur die Verfassernamen behielt man durchweg bei, um die Fragmente zu trennen), und das wird zur Gewißheit, wenn wir erfahren, daß die in diesem Punkte so verschiedenen Hss. K und W aufs engste verwandt sind.[20])

So tut denn der handschriftliche Befund der von einer falschen Erklärung des Namens Infortiatum ausgehenden Ansicht

---

[17]) So Contius an verschiedenen Stellen, vgl. Brencmann 228: Patetta, Introduzione 72 f. — [18]) Mommsen, Jahrbuchaufsatz 430; der bei Spangenberg 526 Nr. 9 beschriebene Kodex wird mit diesem identisch sein. — [19]) Z. B. Mommsen, Jahrbuchaufsatz 430 („— eine wichtige Bestätigung dafür, daß von den Tres Partes an in der That die handschriftliche Grundlage des Vulgattexts wechselt —"), v. Scheurl ZRG 12 (1876) 148. — [20]) Dies wird von Mommsen S. XXXXVIIII angegeben und in der z. Z. leider fortgelassenen vorläufigen Vorrede zum Infortiatum S. XII durch ein schlagendes Beispiel belegt: beide lesen I, 888, 13 statt *mutus pater*: *mater pater*. Auch die bei Hach (N. 8) S. 163 f. beschriebene Cambridger Hs. zeigt Verschiedenheiten im Punkte der Inskriptionen, und hier läßt sich sogar nachweisen, daß die Tres Partes aus einer anderen Hs. angebunden wurden. Auch etwaige Unterschiede in der Glossierung würden sich hierdurch erklären. In diesem Sinne deute ich die allerdings mehrdeutige Stelle in einem Inventar von 1287 (ed. Prou in Mélanges d'Archéologie 5 (1885) 391 ff.) Nr. 76: „Infortiatum cum apparatu antiquo in tribus partibus".

nicht den Gefallen, irgend welche Anzeichen einer ursprünglichen Abspaltung der Tres Partes darzubieten. Umgekehrt kann man sich nur wundern, daß wir außer in dem Testament des Albertus Odofredi und Rubriken in einigen Hss., so wenigen Anzeichen der nachträglichen Abspaltung dieses Teils begegnen. Es wurde nämlich — den Handschriften nach zu urteilen im 13. Jh., aber in nachaccursischer Zeit, da die Glosse hiervon noch nichts weiß — in Bologna und anderwärts üblich, das Vetus und das Novum in je zwei Unterteile (partes) zu zerlegen, das Infortiatum aber in drei, von denen dann der letzte bei den Worten „tres partes" begann.[20a]) Vermutlich hat das Bestreben, entsprechend der Justinianischen Studienordnung sieben Partes zu erhalten, bei dieser Teilung mitgewirkt.[21]) Ihr Sinn lag m. E. in der Ermöglichung der Bewältigung des allmählich sehr gewachsenen Lehrstoffes durch je zwei Parallelvorlesungen (Vormittags und Nachmittags) über jedes Rechtsbuch ohne Verlängerung der Studiendauer.[22])

[20a]) Vgl. Savigny 3, 424 f. Zu den daselbst angeführten Hss. kommen u. a. noch die bei Hach (N. 8) 165 gen.; Leipzig Cod. Haenel 2 saec. XIIII, der nach Helssig (s. § 12 N. 42) S. 264 mit „Expliciunt tres partes inforciati. deo gracias etc." schließt; und Bamberg Jur. 16 saec. XIII, der nach Fischer (s. § 12 N. 42) S. 529 am Schluß versehentlich: „Expliciunt tres libri (!) inforciati" hat; am Schluß der Glosse von 1252 zur pars I heißt es „Explicit apparatus prime partis afforciati"; ebenso nach pars II. Auch in Hss. der Pandektenliteratur begegnen diese Unterteile mehrfach, vgl. z. B. Savigny 5, 368; 423 Nr. 5. In Drucken von Lecturen des Vetus und Novum bildet diese Teilung ebenfalls die Regel (vgl. aber Savigny 5, 369), während im Infortiatum pars II stets auch die Tres Partes umfaßt. — [21]) Schon Puchta hat im Kursus der Institutionen Bd. 1 § 148 einen derartigen Zusammenhang angedeutet, und hieraus den Einschnitt bei den Worten „tres partes" erklären wollen, was den Sachverhalt auf den Kopf stellt. Dagegen möchte ich darin, daß die Bolognesen in den drei volumina die pars II mit Buch 12, 30, 45 begannen, eine Bestätigung unserer Ansicht, nämlich das Bestreben erkennen, so weit das Ebenmaß und die einmal vorhandene Teilung es zuließen (was im Infortiatum unmöglich war) sich den Vorschriften der Const. Tanta (C. 1, 17, 2) zu nähern: denn auch nach dieser begannen mit Buch 12 und 45 neue Partes. — [22]) Auch der Codex zerfiel in 2 partes (l. 1—5; 6—9). Vgl. Savigny 3, 543; Denifle im Archiv für Literatur- und Kirchengesch. d. MA. 3 (1887) 244[4], 250.

23. So zeigt uns denn der Handschriftenbefund, daß die Dreiteilung, soweit sie sich herauf verfolgen läßt, das selbige Bild aufweist und nahe genug liegt daher der Gedanke, daß sie eine Eigenheit des Archetyps ist. Da der Kodex S verloren ist, können wir das nur indirekt beweisen, indem wir die anderen Möglichkeiten ausschließen. Es sind deren vier.

1. Daß die Dreiteilung schon in F* angelegt gewesen wäre. Dies ist aber bekanntlich nicht der Fall: die Florentina zerfiel stets bei 29 || 30 in zwei annähernd gleiche Teile (§ 9) und nichts in ihr kann den geringsten Anlaß zu jener Dreiteilung gegeben haben.[1])

2. Daß die Dreiteilung aus der etwaigen Zwischenhs. in S übernommen worden wäre. Dies scheitert an den § 9 entwickelten Gründen, die uns zur Annahme einer — eben nicht dreiteiligen — Zwischenhs. überhaupt erst veranlaßt haben.

3. Daß die Dreiteilung aus dem zweiten Pandektentext in S eingedrungen wäre. Diese — zur Grundlage weittragender Theorien gemachte Annahme (§ 24) unterstellt eine bare Unmöglichkeit. Ihre Vertreter haben sich wohl den

---

[1]) Das Infortiatum beginnt mitten in einer Seite (Bd. 1, 345), kann also nicht ursprünglich abgetrennt gewesen sein; vor Beginn des Novum ist zwar eine Seite (Bd. 2, 182') frei, aber nur infolge des Wechsels zweier Hände (XXIX), wie dies auch sonst zu beobachten ist, z. B. nach Buch 22 und 43. — Zu Beginn der Tres Partes — am rechten Rand der Zeile — befindet sich allerdings eine (bisher unbekannte) Notiz, die aber die Teilung schon voraussetzt. Hierzu sagt Mommsen (II, 217, 37): „in margine manus saec. XV quae adnotavit in F, evanuerunt.“ In Wahrheit handelt es sich um schwer zu datierende Züge, sicher nicht des 15., vielleicht des 13. Jh., aus denen noch völlig deutlich sind der Anfang: J̄ci, und das Ende: d . gestorū. b'.; dazwischen ist Raum für etwa 10 verblaßte Buchstaben, die gelautet haben werden: p̄. ıŋ. ꝑtes, aufgelöst: Incipiunt tres partes digestorum. Bernardus. Es ist nicht ganz ausgeschlossen, daß Bernardus Cremonensis der Schreibende ist, s. § 5 N. 8 und den Zusatz dazu. — Daß auch umgekehrt die Hs. nie Einen Band gebildet haben kann, folgt aus ihrer Dicke (907 Bl.), auch ist schon 1284 von dem „volumina pandectarum“ die Rede (§ 5 N. 14); daß die Teilung von jeher bei 38 || 39 verlief, ist nicht zu bezweifeln und in der im Zusatz zu § 5 N. 33 erwähnten Notiz von 1486 urkundlich bezeugt.

behaupteten Vorgang nicht anschaulich vorgestellt: nämlich daß ein Besitzer von S, und zwar jener bedeutende Mann, der S mit dem Auszug verglich, seinen Kodex in drei oder vier Teile zerstückelt haben soll, unter Vernichtung der Einbände und unter Nachtragung der an den Bruchstellen verloren gegangenen Partien, und zwar lediglich, weil er im Auszug jene sachlich durch nichts gerechtfertigte Teilung vorgefunden haben soll!

4. Daß die Dreiteilung sich erst in den Abschriften von S ausgebildet hat. Auch das ist unmöglich. Denn die Grenze bei 24, 2 ‖ 3 muß schon in S bestanden haben, da sie übereinstimmend in den verschiedene Klassen vertretenden Hss. des Vetus, insbes. in den beiden (nach § 15) unmittelbaren Abschriften PV auftritt, und es undenkbar ist, daß diese eine einheitliche Materie, das Dotalrecht, zerreißende Teilung, nachträglich, also auf Anordnung des Irnerius, in die in Bologna gebrauchten Abschriften eingeführt sein sollte.[1a]) Aus ganz den gleichen Gründen muß sich der willkürliche Absatz bei den Worten tres partes, also mitten in einem Satze von 35, 2, 82, schon in S befunden haben oder mindestens angedeutet gewesen sein. Die Grenze bei 38 ‖ 39 dagegen findet sich zwar auch in den verschiedenen Klassen der Hss. des Infortiatum bezw. Novum, ist aber weniger willkürlich, da sie mit dem Ende eines Buchs und einer großen Materie, des Erbrechts, zusammenfällt; so daß eine nachträgliche Einbürgerung dieser Grenze nicht undenkbar wäre. Wir können aber auch hier indirekt erweisen, daß sie schon in S bestanden hat. a) Weder kann der Schreiber das Infortiatum mit dem Novum in einen Band zusammengeschrieben haben; denn es hätten sich dann wieder, wie in F zwei Teile ergeben, welche aber ganz verschiedenen Umfang gehabt hätten (332 und 561 Florentinablätter)[2]).

[1a]) Auch setzt der schon um 1090 vorliegende Pandektenauszug der britischen Sammlung (§ 8 Nr. 6) die Existenz des Vetus voraus, da er nur aus diesem, und zwar bis an die Grenze desselben (24, 2, 6) schöpft, abgesehen von zwei nur zufällig hineingeratenen, späteren Stellen, s. Conrat 76, 352. — [2]) Wir ziehen hierbei dem Vetus die einleitenden Stücke mit Ausnahme des Index Titulorum, die in S gefehlt haben (§ 7), = 14 Blatt, ab (XXVIII), so daß von den 907 der Florentina nur 893 in Betracht kommen.

b) Ebensowenig kann der Schreiber bei den Worten tres partes einen neuen Band angefangen haben. Daß er, wie tatsächlich angenommen worden ist (s. § 24 nach N. 8) zufällig hier mitten im Satze — etwa vom Schlag getroffen! — abgebrochen und man nun die so entstandenen Teile eingebunden haben sollte, ist eben so unwahrscheinlich, wie daß dies absichtlich, also des Wortspiels halber geschehen sein sollte: denn diese Worte finden sich noch an neun anderen Stellen der Digesten[3]) und außerdem hätte eine derartige, aberwitzige Zerstückelung wiederum höchst ungleiche Teile ergeben (332, 203, 358 Florentinablätter, oder, wenn man gar annehmen wollte, daß die Tres Partes nicht zum Novum gehörten, sondern einen Band für sich gebildet hätten, vier Teile von 332, 203, 76, 282 Blatt). c) Endlich ist es auch unmöglich, daß der Schreiber an irgend einer anderen Stelle des Infortiatum oder Novum einen dritten Band begonnen habe, da dies sich in den Hss. durch übereinstimmende Abweichungen einiger derselben von der normalen Dreiteilung hätte ausdrücken müßen, was, wie wir oben (§ 22) sahen, nicht der Fall ist.

Es ist also bewiesen, daß der Kodex S aus den selbigen drei Bänden bestanden hat, in die auch seine Sprößlinge zerfallen, daß der zweite Band von S den Abschnitt bei „tres partes" enthielt, und daß all dies von dem Schreiber des Kodex S herrührt.[4])

24. War die Dreiteilung das Werk des Schreibers des Kodex S, dessen Entstehung ja vor den Anfängen der Schule zu Bologna liegt, so werden wir uns nicht wundern, daß die sogenannte „Schultradition", deren Erklärungsversuche wir, wie billig, zunächst betrachten, völlig unergiebig ist. Es sei sofort festgestellt, daß sie über die Grenzen der drei Teile

---

[3]) Nämlich, nach Ausweis des Digestenindex KB. Berlin, im Vetus bei I, 6, 3; 233, 14; 506, 2. Im eigentlichen Infortiatum bei I, 837, 11. In den Tres Partes — außer zu Anfang (II, 217, 37) — bei 228, 26; 283, 15; 283, 17; 295, 14; 366, 20. Im Novum kein Mal. —

[4]) Es bestätigt sich also z. T. die schon § 7 besprochene Behauptung Mommsens, der S. LXIIII von dem „archetypo olim iis locis casu divulso" spricht, und also wie gewöhnlich die Wahrheit intuitiv erkannt hat, hier jedoch, ohne sich mit ihrer Begründung, zumal dem Ausschluß der Möglichkeit sub 4 und ihren Unterfällen, aufzuhalten.

überhaupt nichts zu sagen hat, und nur zu erklären versucht, daß überhaupt drei Teile vorhanden waren. Die Hauptquelle sind 5 zerstreute Stellen in den Vorlesungen des Odofredus († 1265), die Savigny (3, 426ff.) zusammengestellt und numeriert hat. Nach I (Dig. vet., proem.) beruht die Teilung darauf, daß zuerst das Vetus, zuletzt das Novum kompiliert (!) worden seien, während das Infortiatum als in Bologna zuletzt bekannt geworden figuriert. Nach II (ad D. 1, 1, 6) wurden die Rechtsbücher nach Zerstörung des „Studium" (d. h. der Universität) zu Rom nach Ravenna, von dort nach Bologna gebracht (deportati), wobei er sich den letzteren Transport in Etappen vorgenommen denkt; denn es heißt in III (Infort., initio), daß die Bücher nur nach und nach gefunden wurden (apud nos *reperta* fuerunt — der Spediteur Ravenna-Bologna scheint sie recht sorglos vor den Toren abgeladen zu haben), und zwar in folgender Ordnung: a) Vetus und Novum, b) Institutionen und Codex, c) Infortiatum — der Tres Partes, des Autenticum und der Tres Libri wird nicht gedacht. Auch in IV (v. tres partes) und V (Dig. nov., initio) wird die Wanderung des Studiums und der Bücher Rom-Ravenna-Bologna aufgetischt, nach IV in der Reihenfolge a) Codex, Vetus, Novum, Institutionen, b) Infortiatum ohne Tres Partes, c) die Tres Libri, d) das Autenticum — der Auffindung der Tres Partes wird überhaupt nicht gedacht; nach V dagegen derart, daß a) alle Rechtsbücher außer den Tres Partes, b) diese, c) schließlich das Autenticum überführt wurden. Es bedarf keiner Ausführung, daß Odofreds Gefasel, dessen Komik noch dadurch erhöht wird, daß offenbar immer von einem und demselben Exemplar die Rede ist, weit entfernt „venerabile tradizione" zu sein[1]), lediglich nachträgliche Versuche zur Erklärung der unverständlich gewordenen Einteilung der Rechtsbücher wiedergibt. Aber wenn auch die Widersprüche, in die er sich verwickelt, es überflüssig machen, seine Erzählung (in welcher Variante denn auch?) zu widerlegen (von vornherein ausgeschlossen ist die Möglichkeit, daß der Kodex S nur Band für Band nach Bologna gelangte, nicht), so sei doch darauf hingewiesen, daß nach Nr. IV die Tres

[1]) Gaudenzi, Annuario d. Univ. di Bologna (1901) 135.

Libri später als der Codex nach Bologna geschafft sein sollen, während wir doch wissen, daß die Bolognesen die Vervollständigung der Epitome Codicis aus alten, also vollständigen, keine Abscheidung der drei letzten Bücher besitzenden Hss. vornahmen.[2]) Man sieht hier, wie die „Tradition", vielmehr die Volksphantasie, gearbeitet hat: auf die billigste Weise, indem das räumliche Nacheinander, unter Anknüpfung an den Namen Digestum vetus, in ein zeitliches umgewandelt wurde. Mit Recht ist daher schon mehrfach die Erzählung des Odofredus, deren Widersprüche zu versöhnen so viele treffliche Forscher von Savigny (l. c.) bis auf Patetta[3]) nicht verschmäht haben, als wertlos bezeichnet worden.[4]) Eine „Erfindung" desselben kann man sie freilich nicht nennen; dann wäre sie nicht so konfus; vielmehr ist hier wie überall sonst Odofredus der Sammler der lokalen Anekdoten, die er zur Erheiterung seiner Studenten, vielleicht mit mancherlei eigner Ausschmückung, im Kolleg vortrug. Eine Bestätigung dieser Annahme liegt auch darin, daß die Erzählung noch in einer älteren und daher einfacheren Gestalt vorkommt, nämlich in dem um 1200 von Joh. Bassianus oder einem Schüler verfaßten Introitus digesti veteris.[5]) In ihr ist nämlich nur von der stückweisen Auffindung der Digesten die Rede, nämlich a) Vetus, b) Novum, c) Infortiatum, d) Tres Partes, während die Fabel von dem Transport Rom-Ravenna-Bologna noch nicht erwähnt wird. Man wird daraus schließen dürfen, daß diese lediglich eine Ausschmückung der ersten Fabel darstellt, und zwar wird vielleicht ein gescheiter Kopf sich gesagt haben, daß die Handschriften des römischen Rechts doch zunächst mal in Rom gewesen sein müßten, und ein anderer wird dann, um ein Übriges zu tun, in geographischer und kulturgeschichtlicher Hinsicht nicht übel, Ravenna als Zwischenstation eingeschoben haben.[6]) Das

---

[2]) Conrat 355, Krüger 379. — [3]) Introduzione 71 ff. — [4]) Conrat 77, Krüger 383, z. T. auch Mommsen LXXII[1], Fitting, Bologna 94f. — [5]) Entdeckt und her. von D'Ablaing Z. 9 (1888) 40f. und genauer und vollständig von Patetta (nicht ohne des Holländers Priorität anzudeuten) Introduzione 68 ff.; vgl. S. 65[1]. — [6]) Ich meine diesen Ursprung noch herauszuhören, wenn Odofredus (Nr. V) sagt: „Unde cum libri fuerunt inventi, apud nos primum non fuerunt, sed apud Romanos, postea apud Pentapolim" (bei ihm so viel wie Ravenna).

Tragikomische hierbei ist nun, daß diese letztere, offenbar erst im 13. Jh. entstandene Erzählung — deren historischer Wert ungefähr so groß ist, wie der einer anderen des Odofredus, der zu D. 27, 1, 1 berichtet, daß die Schriften der römischen Juristen ursprünglich in griechischer Sprache abgefaßt gewesen seien und erst von den Kompilatoren ins Lateinische übersetzt wurden, welche aber die Hauptstütze der Annahme von Rechtsschulen in Rom und Ravenna als unmittelbaren Vorläufern Bolognas bildet — von den Anhängern dieser Meinung gründlich mißverstanden worden ist: Odofredus versetzt (v. tres partes) die Wanderung des Studiums gar nicht in die Zeit des Irnerius, sondern in die — Karls des Großen, und an dem ganzen Mißverständnis sind vier Punkte schuld, durch die Savigny geglaubt hat, die entscheidende Stelle wiedergeben zu dürfen.[7])

Außer dieser Aufklärung bietet der Introitus für unsere Frage nichts Neues. Zwar scheint dem so, da er auffälligerweise von einer Vierteilung spricht, wenn er von der „ars“ der Digesten sagt: „moderni adinventores ipsam dividunt in IIII[or] partes, digestum scilicet vetus, infortiatum et tres

[7]) Savigny druckt nämlich Nr. IV folgendermaßen: „Debetis scire, studium fuit primo Romae, postea propter bella, quae fuerunt in Marchia, destructum est studium, tunc in Italia secundum locum obtinebat Pentapolis quae dicta Ravenna postea .... postmodum fuit translatum studium ad civitatem istam.“ Die ausgelassene Stelle lautet nun — nach den ziemlich übereinstimmenden Angaben schon bei Sarti[2] (1, 9[2]), Chiappelli, Lo studio Bolognese (1888) 38, Tamassia 89, Patetta, Irnerio 60 — „unde (*lies:* est, ubi) Karolus fixit pedes suos, et ibi est testamentum eius, unde ibi cepit esse studium;“ nun folgt eine Etymologie des Namens Ravenna und weiter: „post mortem Karoli, civitas ipsa collapsa est.“ Von den zahlreichen Mißverständnissen, die diese Auslassung hervorgerufen, sei nur erwähnt, daß Fitting, der Odofredus „unsern (?) hauptsächlichsten Gewährsmann“ nennt (Schriften 111) bei jenen „bella“ ursprünglich „unwillkürlich“ an die römischen Bürgerkriege um 1063 dachte (Über die sog. Turiner Institutionenglosse (1870) 3, Zur Gesch. der Rechtswissenschaft am Anfange des MA. (1875) 15), es aber später „gar nicht mehr zu bezweifeln“ findet, daß damit die Kämpfe Heinrichs IV. mit Gregor VII. um 1084 gemeint seien (Questiones S. 37, S. 9), und dies, obwohl er inzwischen selbst die aus Sarti ergänzte Stelle abgedruckt hatte (Bologna 37 h). Übrigens bedeutet *Maschia* stets die Mark Ancona und nie, wie Fitting voraussetzt, die Markgrafschaft Toscana, s. Patetta, Summa S. 9—23.

partes et digestum novum."[7a]) Nun gibt Patetta an, daß statt des ersten *partes* ursprünglich *libros* dastand, und nach *Infortiatum* die durchstrichenen Worte *et Digestum* folgen. Hieraus schließe ich, daß die Vorlage einfach las: „in III libros, digestum sc. vetus, infortiatum et digestum novum", und nun der Abschreiber den Text, unter verräterischer Verdopplung des *et*, aus bloßer Originalitätssucht willkürlich abänderte. Der Introitus, der nach Patetta (S. 73) die Frage der „Introduzione del Digesto a Bologna e della divisione bolognese in quattro parti" erledigt („tronchi"), ist also auch in dieser Hinsicht wertlos. Die Fortpflanzung dieser Fabeln in die Glosse des Accursius[8]) und aus dieser in die spätere Literatur, in der sie die tollsten Blüten trieb, wollen wir nicht verfolgen, sondern uns den modernen, gelehrten Erklärungsversuchen zuwenden (wobei wir aber zahlreiche Varianten der Hauptansichten übergehen müssen). Diese führen die Dreiteilung teils auf den Zufall zurück (Savigny, Niebuhr, Mommsen, Dernburg), teils auf eine Absicht (Hugo, v. Scheurl, Karlowa, Sohm).

Unter den ersteren ist die einfachste die Mommsens (LXXII). Zufällig habe die erste den Glossatoren bekannt gewordene Abschrift nur das Digestum vetus umfaßt; dieses habe man dann aus F durch eine zweibändige Abschrift verstärkt, deren erster Band zufällig mitten im Satz vor den Worten tres partes abbrach; dann habe man um des Ebenmaßes willen den zweiten durch ein Stück des dritten Bandes verstärkt, und so Infortiatum und Novum erhalten. Zustimmung hat diese Ansicht nur bei Dernburg (Pandekten 1[7] (1902) 14[1]) gefunden, bei dem sie jedoch noch insofern verschlimmbessert wird, als das Digestum vetus zunächst bis zu den Tres Partes reichen soll, so daß die Erklärung der Zäsur bei 24, 2 || 3 in der Eile vergessen wird. Da wir schon oben (§ 23 Nr. 4b) die Unmöglichkeit des Beginns eines neuen Bandes — zufälliger- oder absichtlicherweise — mitten

[7a]) Für die Frage der Autorschaft des Introitus ist interessant eine bekannte Stelle des Johannes im proemium seiner Summe zum Autenticum: „moderni autem inventores in novem partes ipsum diviserunt" (Savigny 3, 501b). — [8]) Zu Anfang des Infortiatum und der Tres Partes.

in jenem Satze erörtert haben, können wir uns sofort der erheblich besseren Gestalt zuwenden, in der diese Theorie ursprünglich, nämlich bei Savigny (3, 431) vorkommt. Hier ist wenigstens nicht von einem stückweisen Abschreiben die Rede, sondern, was nicht ganz so irrationell erscheint, von einem stückweisen Auffinden: erst des Digestum vetus; zugleich (zwei Seiten darauf, S. 433, freilich ist schon von einem Nacheinander die Rede) des Novum, das aber ursprünglich bei den Worten tres partes begonnen habe (was nach einer Hypothese Niebuhrs Überrest einer ursprünglichen Einteilung in zwei bei 25‖26 geteilten Hälften sein soll); endlich des fehlenden mittleren Stücks, das man, weil es gar so klein geraten, später durch Ablösung der Tres Partes (deren untere Grenze nicht erklärt wird) verstärkte. Die positiven Stützen, die Savigny für seine Annahme aus dem handschriftlichen Befund gewinnen zu können glaubte, haben sich jedoch (§ 22 N. 13) als trügerisch erwiesen, und so bietet sie denn nichts als den bloßen Hinweis auf eine Reihe möglicher Zufälle.[8a]) Nun kann man dem Zufall gewiß nicht einen Platz unter den zulässigen Erklärungsgründen geschichtlicher Tatsachen bestreiten, am wenigsten angesichts der Digesten, deren Geschichte im wesentlichen auf dem Zufall der Erhaltung der Florentina ruht, aber doch im günstigsten Falle nur einem solchen Zufall, der frei von innerer Unwahrscheinlichkeit ist. Eine solche läge aber vor, wenn die angebliche zufällige Teilung trotzdem eine Interpretation aus menschlicher Absicht überhaupt zuläßt, und wir würden uns daher erst dann auf eine Erklärung durch den Zufall zurückziehen dürfen, wenn die vorgeschlagenen Erklärungen durch eine Absicht sich als unannehmbar herausstellen. Das ist bei den bisherigen Versuchen in dieser Richtung allerdings der Fall.

Hugo[9]) hat seine an sich nicht wenig verwickelte Theorie, nach vorläufigen Erörterungen im 3. Bd. seines

[8a]) Wenn er schließlich (3, 437) noch auf den besonders geringen Gebrauch des Infortiatum in ältester Zeit hinweist, so wird diese schon an sich nichts beweisende Tatsache § 28, N. 5 u. 21 ihre Aufklärung finden. — [9]) Um das folgende begreiflich zu finden, muß man Hugos sympathisches, aber — im Alter — völlig schrullenhaftes Wesen kennen,

Civilistischen Magazins (1812) 183ff. und im 4. (1813) 85ff., im 1. Hefte des 5. Bd. (1814) auf 53 Seiten ausführlich dargestellt, hat dann, von 1818—1820 an sechs Stellen Berichtigungen und Darstellungen gegeben und diese ganzen „Aktenstücke“ seinem grade mit der Ausarbeitung des 3. Bd. seiner Geschichte des römischen Rechts im MA. (1822) beschäftigten Freunde Savigny eingesandt. Daß dieser hiernach Hugos letzte und endgültige Meinung nicht richtig wiedergab, wird man entschuldbar finden, auch, daß er, als Hugo im 4. Hefte des 5. Bd. (erst 1825) wieder ausführliche Nachträge brachte — teils im Inhaltsverzeichnis zum ersten Hefte (S. V—X), teils in einem besonderen zweiten Aufsatz (S. 475—508), und wiederum zu diesem im zugehörigen Inhaltsverzeichnis (S. XXXI—XL), nicht ohne schließlich noch an zwei anderen Orten auf die gleiche Sache zurückzukommen — daß Savigny nun die Flinte ins Korn warf und Hugo bat, er möge für die zweite Auflage (1834) selber eine authentische Darstellung liefern. Bereitwillig ging Hugo hierauf ein, und sandte gleich deren zwei: eine kurze und eine lange. Savigny wählte begreiflicherweise die erstere (S. 438—441). Hierüber enttäuscht und sich von neuem, durch Savignys Gegenbemerkung, mißverstanden wähnend, brachte Hugo seinerseits auch den längeren Artikel zum Abdruck (Bd. 6 (1837) 545—573), unter dem vielsagenden Titel: „Etwas ausführliche, kurze Darstellung meiner Meynung von den drey Digesten und über Savignys Einwendungen dagegen“. Folgen wir Savignys Beispiel und halten wir uns an die kürzere Darstellung, so sehen wir Hugo, wie stets, auf arithmetische Gesetzmäßigkeiten abstellen, die kein anderer als Irnerius ausgedacht haben soll, aber nicht mehr wie früher auf die Analogie der Planetenabstände oder die Unzialeinteilung des As, sondern auf folgendes (wobei wir unsere Glossen in Klammern daneben setzen): Man rechne Vetus und das eigentliche Infortiatum bis 35, 2, 82 v. tres partes als ursprüngliche Einheit (dazu haben wir nach dem handschriftlichen Befund keinen Anlaß), rechne das Digestum Vetus zu 22 Büchern

---

wie es z. B. O. Mejer in den Preußischen Jahrbüchern 44 (1879) 457ff. treffend geschildert hat.

und 7 Titeln (es ist völlig willkürlich, gerade das 23. Buch nicht als ein Buch, sondern zu 5 Titeln zu rechnen), rechne die ganze Einheit zu 34 Büchern und $1^1/_2$ Titeln (die Worte tres partes stehen aber nicht in der Mitte ihres Titels), so ergibt sich, daß 22 Bücher 7 Titel „gerade $^2/_3$ sind von 34 Büchern und $1^1/_2$ Titeln“ (wobei es Hugos Geheimnis bleibt, wie man zwei Summen durcheinander dividieren kann, ohne sie vorher auf einen Nenner gebracht zu haben).[10]) Einen zweiten Versuch dieser Art verdanken wir v. Scheurl (ZRG. 12 (1876) 143 ff.). Auch hiernach ist die Dreiteilung nicht (oder wenigstens nur z. T.) ein Werk des Zufalls; vielmehr hängt sie mit der Justinianischen Studienordnung zusammen. Hiernach sollten bekanntlich Buch 1—23, 26, 28, 30 vorgetragen, 24—25, 27, 29, 31—36 privatim, 37—50 überhaupt nicht studiert werden, sodaß drei Bücherreihen bestanden. Es habe sich daher auf den ältesten Schulen der Brauch gebildet, die Hss. teils der ersten, teils der ersten und zweiten Bücherreihe anzupassen, und aus derartigen, von den Glossatoren zunächst allein und später bei der Emendation des Kodex S gebrauchten Hss. sei dann die Dreiteilung in den Kodex S oder seine Sprößlinge eingedrungen (I). Hierbei müsse man allerdings voraussetzen, daß die Hss., die die erste samt der zweiten Reihe umfaßten, verstümmelt gewesen seien, und zwar zufälligerweise in 35, 2, 82 vor den Worten tres partes (II), ferner daß die Hss. der 1. Bücherreihe die isolierten Bücher 26, 28, 30 fortgelassen haben, dagegen aus dem eigentlich zur 2. Reihe gehörigen 24. Buche des Zusammenhangs wegen den 1. und 2. Titel, also den Rest des Vetus, hinzugefügt haben (III). Aus Annahme II erkläre sich dann der Mangel der Emendationen in den Tres Partes und dem Novum (IV), aus Annahme III der überwiegende Gebrauch des Vetus, das man zuerst besessen, in ältester Zeit (IV). Kritik: Die grundlegende Annahme I ist verfehlt, da, wie

[10]) Neben, vor und nach dieser Erklärung hat Hugo noch eine ganze Schar ähnlicher „Gesetzmäßigkeiten“ aufgefunden, und es ist peinlich zu sehen, daß sie z. T. schon an ganz gewöhnlichen Rechenfehlern scheitern, wie dies in einem Falle von Hofmann ZRG. 11 (1873) 340[3] gezeigt worden ist. Savignys Haupteinwand ist das Zeugnis Odofreds (3, 442).

oben gezeigt, schon S die Dreiteilung besessen, und aus technischen Gründen (§ 23 Nr. 3) ein nachträgliches Eindringen in ihn ausgeschlossen war[11]); die Annahme II operiert mit einem sonderbaren Zufall, zu dessen Annahme nicht so weit ausgeholt zu werden brauchte; ihre Stütze in der Folgerung IV beruht auf dem § 12 bei N. 9 analysierten Trugschluß; die Annahme III ist willkürlich und würde jede andere Hinzufügung oder Fortlassung rechtfertigen, am wenigsten aber gerade die Fortlassung des Titels 24, 3, welcher genau wie Titel 24, 2 vom Divortium handelt oder gar drei ganzer, vom Rechtsunterricht umfaßter Bücher; und die sub V herangezogene Erscheinung ist teils unrichtig, teils anders zu erklären (§ 29). Endlich ist der Beginn des Novum bei Buch 39 mit keiner Silbe erklärt. So ist denn v. Scheurls Hypothese eine in jedem Punkte bodenlose und mit ihr versinken die auf ihr errichteten Hypothesen Karlowas und Sohms, die zwar in scharfsinniger Weise je ein Bedenken beseitigen, aber die anderen in ihrer ganzen Schwere bestehen lassen.[12])

---

[11]) Dies meint offenbar der von Krüger 383[33] unter Zustimmung von Conrat 77[3] gegen v. Scheurl vorgebrachte Einwand. — [12]) Es weist nämlich Karlowa, Römische Rechtsgeschichte 1 (1885) 1027[3] darauf hin, daß die angeblich ebenfalls mit dem Rechtsunterrichte zusammenhängende Zählung der libri singulares (20 – 38) gerade bis zu Ende des Infortiatum reicht. Freilich begreift man dann wieder nicht, warum die drei libri singulares „de dotibus", 23 – 25 (s. Mommsen VIII) auseinandergerissen wurden. Sohm (Institutionen § 6 Anhang Abs. 3 S. 19f. der 13. Aufl. v. 1908) entgeht dem grundlegenden Fehler zu I, indem er den Kodex S schon selbst der justinianischen Studienordnung angepaßt sein läßt, was aber mit seiner § 8 erwiesenen Entstehung im 11. Jh. unvereinbar ist (vgl. noch § 28 N. 10 und 23). Eine schon in sich widerspruchsvolle Kombination der Odofredischen und der Scheurlschen Erklärung deutet F. Leonhard in Birkmeyers Encyklopädie[2] (1904) 95 an. Ebenfalls auf den Einfluß der byzantinischen Studienordnung wird, unter Anschluß an die „genialissima osservazione" v. Scheurls, die Dreiteilung zurückgeführt von Tamassia in seiner Arbeit über „Bologna e le scuole imperiali di diritto", Archivio Giuridico 40 (1888) 259. Nachdem Schupfer l. c. (§ 19 N. 13) S. 29[1] die Mißverständnisse aufgezählt hat, die Tamassia schon bei Erörterung der Grundlage, der Const. Omnem, begangen hat, erübrigt sich das Eingehen auf die darauf gebauten Hypothesen. Auch Schupfer stimmt jedoch v. Scheurl bei.

25. Wenn wir nunmehr die uns als die richtige erscheinende Erklärung vortragen, so verwahren wir uns von vornherein gegen den Anspruch, irgend einen tiefsinnigen Grund für die Dreiteilung namhaft zu machen. Im Gegenteil würde eine solche Erklärung, da ja die Teilung selbst eine völlig unsachgemäße ist, von vornherein verdächtig sein. Nach einem unsachgemäßen, spielerischen Motiv werden wir daher Umschau halten müssen, und da, wie gezeigt, die Teilung von dem Schreiber von S vorgenommen wurde, liegt nichts näher als die Annahme, daß eine derartige Leistung auch einem Schreiberscherze entsprungen ist. Denn wer wüßte nicht, daß die mittelalterlichen Handschriften voller Zeichen von Schreiberübermut und Schreiberlaune, voller lustiger oder läppischer Einfälle stecken. Und da es selbst für den gewiegtesten heutigen Pandektisten schwierig sein dürfte, das Rechtsbuch nach sachlichen Gesichtspunkten in drei auch nur annähernd gleiche Teile zu zerlegen, eine solche Zerlegung aber durch den großen Umfang jedes der zwei Florentinabände nahegelegt wurde, so blieb unserem Schreiber, der vielleicht von dem Inhalt des Abgeschriebenen keine Ahnung hatte, gar nichts übrig, als nach äußerlichen Gesichtspunkten zu teilen. Nun hat er nicht nach dem Umfang geteilt: das dürften wir nur annehmen, wenn die drei Teile nach der Zahl der Blätter oder der Bücher oder der Titel völlig gleich wären. Das ist aber nicht der Fall: es entfallen auf die drei Teile (nach dem § 23 N. 2 Bemerkten und unter Vernachlässigung der Brüche) 332, 282 und 279 Blätter, 24, 14 und 12 Bücher, und 155, 103 und 170 Titel von den 428 die der Index aufzählt.

Dann kann der Schreiber aber nur nach dem äußerlichen Wortsinn geteilt haben, und da boten sich ihm dann, als er den Rubrikenindex abschrieb — man lese ihn nur daraufhin durch — überhaupt nur 2 Stellen, die nach Lage und Wortlaut als die gesuchten Grenzsteine in Betracht kamen: da, wo der Titel de „divortiis“ zusammenstößt mit dem Titel „soluto matrimonio“, die „Scheidung“ also als vollzogen angenommen wird; und da, wo der Kaiser selbst ein „neues“ Werk „ankündigt“: zu Beginn des Titels „de operis novi nuntiatione“. Diese beiden Scheidepunkte,

nach 24, 2 und vor 39, 1, wählte unser Schreiber in der Tat und wird nicht wenig stolz gewesen sein, auf diese Weise eine einigermaßen ebenmäßige Dreiteilung erzielt zu haben. Daher malte er denn, als er wieder mal den Worten *tres partes* begegnete, und ihm der Einfall kam, hierin eine Fügung zu erblicken, erfreut: TRES PARTES hin — vielleicht auf einer neuen Seite — und gab so noch den spätesten Abschreibern Anlaß, hier in der gleichen Weise einen Absatz innerhalb des zweiten Bandes zu machen.

Es wäre der Gipfel der Unwahrscheinlichkeit, wenn das Zusammenstimmen dieser Grenzen mit diesen Worten — Zufall wäre.

Das einzige was sich, soviel ich sehe, einwenden ließe, und auch das nur anscheinenderweise, ist die Tatsache, daß die drei ältesten Hss. P V U und also auch S eben nicht mit dem Titel „de divortiis" schließen, sondern auch noch die erste Lex des Titels „soluto matrimonio" umfassen und außerdem noch von der zweiten Lex: „Ulpianus libro trigesimo quinto ad Sabinum. Soluto matrimonio" *usw.* die ersten drei Wörter der Inscription.[1]) Zwar könnte man auch hier eine Absicht wittern; doch ist dies ausgeschlossen, da in diesem Falle gewiß die ganze Inscription zum Vetus gezogen worden wäre, so daß das neue Buch auch auf diese Weise mit dem Worte *Soluto* angefangen hätte, was bei keiner einzigen Hs. der Fall ist.[2]) Vielmehr erklärt sich dieser, in den jüngeren Hss. und in allen Drucken fortgefallene Zusatz einfach dadurch, daß der Schluß des Titels de divortiis in S nicht mit

[1]) Wenn Mommsen gleiches für L* behauptet (XXXXVIII), so ist dies insofern ungenau, als hier nur l. 1 vorhanden, desgleichen im Kodex C und in anderen älteren Hss. Erwähnt sei noch eine anscheinend hierauf bezügliche Bemerkung des Odofredus zu D. 25, 1: „fere omnes antiqui libri prim. (*lies:* princ.?) tit. de divort. habent l. dotis causam (= D. 24, 3, 1 Vulg.) quia in veritate unum est volumen ff." So zitiert nach Tamassia 74[3], dem anscheinend der Sinn der Stelle nicht wie mir verborgen geblieben ist. — [2]) Blumes gegenteilige Beobachtung, von der Hugo bei Savigny 3, 440 spricht, dürfte in einem Mißverständnis Hugos bestehen. Darauf geht dann wieder die ohne Angabe der Quelle vorgetragene Behauptung Puchtas zurück (Kursus der Institutionen Bd. 1 § 148 Abs. 2), dem zufolge sogar „gewöhnlich" hier der Anfang des Infortiatums liegt.

dem Schluß einer Spalte oder Seite zusammentraf, wie ja auch nicht anders zu erwarten war. Es war also ein weißer Fleck auszufüllen — denn ihn stehen zu lassen, hätte das in der Regel feingebildete Auge eines frühmittelalterlichen Schreibers verletzt, dessen Streben meist nicht so sehr darauf ging, einen treuen Text zu liefern, als darauf, jede Seite nach Form und Ordnung der Lettern zu einer schön dekorierten Fläche zu gestalten. Diesem schon von anderer Seite beobachteten „horror vacui" verdanken sogar am Glossenrande jene keilförmigen, oft mit einem J- oder Y-artigen Zeichen auslaufenden Notabilienschnörkel, die im Irnerius-Problem eine leider erst spät erkannte Rolle gespielt haben, ihren Ursprung.[3]) Im Schriftspiegel half man sich teils durch Arabesken oder Miniaturen, oder, wenn man ohne den Miniator auskommen wollte, durch Füllsel der verschiedensten Art, als da sind: leoninische Verse geistlichen oder erotischen Inhalts, Rezepte zur Tintebereitung, Kalendarien, Tabellen in Form von Arbores und Excerpten aus anderen Schriften (dies die in den Hss.-Katalogen so beliebten, keinerlei Identifizierungsversuchen unterzogenen „Varia"). Wem aber gar nichts einfiel, der schrieb den Anfang des in den nächsten Band gehörigen oder dem Kollegen zum Abschreiben überwiesenen Stückes an den Schluß der Seite, so daß die betr. Zeilen in dem vollständigen Werke doppelt dastanden.[4]) Genau dies war der Fall des Kodex S und wir werden uns daher nicht wundern, wenn in einer der wenigen Hss., die Vetus und Infortiatum vereinen, die lex 1 des Titels Soluto matrimonio zweimal dasteht: in Mommsens eignem Kodex C (XXXXVIII).

---

[3]) Vgl. Pescatore, Beiträge 4, 194 ff. (mit vielen Abbildungen), bes. S. 198[1], Seckel in Philotesia für Kleinert (1907) N. 46. — [4]) Dies ist z. B. der Fall in einer Hs., deren Faksimile vor mir liegt: Florenz* Bibl. Naz. XXIX 181 saec. XIV, enthaltend den Tract. de maleficiis des Albertus Gandinus, wo f. 16/17 zugleich mit der Rubrik der Schreiber wechselt und nun der Vordermann auf 7 Zeilen den Anfang des Folgenden (rubr. utrum procurator, § 15 der bisherigen Ausgaben) an den Schluß des Blattes gesetzt hat, worauf eine dritte Hand sie als doppelt vorhanden gestrichen hat. Der gleiche Kodex bietet auch Beispiele für die anderen Arten der Füllsel.

So steht denn diese Erklärung in bestem Einklang mit diesem und allem handschriftlichen Befunde (§ 22) und mit dem festgestellten Ursprung der Dreiteilung im Kodex S (§ 23); und selbst wer sich nicht entschließen kann, mit uns die Bologneser „Tradition" als bloßen nachträglichen Erklärungsversuch von A bis Z zu verwerfen (§ 24), vielmehr in ihr ein Körnchen historischer Wahrheit erkennen will, kann dies auch bei obiger Erklärung tun: denn mindestens ebensogut wie aus dem stückweisen Auffinden verschiedener Hss., würde sich die traditionelle Dreiteilung erklären aus der dreibändigen Abschrift des ersten Kodex und seinem allmählichen Bekanntwerden Band für Band. Es können daher auch die primafacie allerdings auf einen solchen Vorgang deutenden Namen Vetus und Novum gegen unsere Erklärung nicht ausgespielt werden.

26. Über das Vorkommen der drei Namen Digestum Vetus, Infortiatum, Digestum Novum in den Hss. (über den Namen Tres Partes war schon im Zusammenhang des § 22 das wenige bekannt gewordene gesagt worden) vermag ich abschließendes nicht zu bieten; Untersuchungen sind nicht veröffentlicht worden[1]), die Hss-Kataloge sprechen sich über diesen Punkt nur z. T. aus[2]), und eigne Aufzeichnungen hierüber habe ich mir seinerzeit nur wenige gemacht. Soviel ich jedoch aus den benutzbaren Hilfsmitteln und durch Anfrage bei den Bibliotheken der ältesten von Mommsen benutzten, aber mir nicht bekannten Hss. ermitteln konnte, ist dies der Sachverhalt:

Es finden sich die Namen durchweg in den Hss. des 15. Jh. (und den Inkunabeln); regelmäßig in solchen des 14. Jh.; häufig in solchen des 13. Jh.; nie in den wenigen, § 28 aufgezählten älteren des 12. oder 11. Jh. Die Schreibweise der Namen ist durchweg die übliche, abgesehen von den sofort zu erwähnenden Schwankungen in ältester Zeit und dem Gebrauch des Wortes „anforciatum", „afforciatum" in den § 22 N. 14 und 20[a] angeführten Hss. des 13. Jh.

---

[1]) Vielleicht ergeben Schraders Papiere einiges (s. Anhang N. 5). — [2]) Unergiebig ist (hier wie sonst) die Schrift von W. F. Clossius: Commentatio iuridico-literaria sistens codicum quorundam manuscriptorum Digesti veteris . . . descriptionem (1818) 252 ff.

Die ältesten urkundlichen oder literarischen Erwähnungen fallen in das 12. Jh., und zwar kenne ich aus dieser Zeit folgende: in dem § 22 N. 15 erwähnten, zwischen 1142 und 1164 entstandenen Katalog des Klosters Bec die Aufführung der „digesta vetera", der „inforciata", der „tres partes" und der „digesta nova". Ungefähr gleichzeitig ist eine Glosse des um 1150 blühenden Rogerius (§ 5 N. 26) der die „inforciata" erwähnt.[3]) Etwas jünger ist die § 22 N. 13 zitierte Anführung des „liber Digestorum novorum" durch Placentin († 1192) und die zwischen 1177—1193 fallende Erwähnung aller vier Namen in der normalen Schreibweise durch den Katalog von Peterborough (§ 22 N. 3). Vielleicht noch ins 12. Jh. fällt die Erwähnung des „forciatum" in einer Glosse zu „Magister Vacarius"[4]) und der § 24 N. 5 besprochene Introitus digesti veteris, der zugleich den ältesten bekanntgewordenen Erklärungsversuch der von ihm auf die übliche Weise (doch mit dem Zusatz „sive infortiata") angeführten Namen darstellt.

27. Der Introitus gewährt uns zugleich einen Fingerzeig für das Alter der Namen. Denn seine Erklärungen, die wir noch kennen lernen werden, sind z. T. derart sinnlos, und werden doch zugleich als herrschende Meinung angeführt, daß wir nicht umhin können anzunehmen, es müsse schon eine sehr lange Zeit verflossen sein, ehe jede Erinnerung an ihren wahren Ursprung erlöschen konnte. Und da ja in der Tat das Bedürfnis des Unterrichts sehr bald zu einer kurzen Bezeichnung der verschiedenen, den einzelnen Teilen angepaßten Vorlesungen führen mußte, so werden wir eine Entstehung der Namen nicht erst, wozu schon der Katalog von Bec berechtigte, in der Zeit der Quattuor Doctores, sondern

---

[3]) Her. von Savigny 4, 519 Nr. 5 nach Cod. Paris. 4450 (P). Rogerius führt hier zu der Ulpianstelle D. 7, 2, 1, 1 eine angeblich widersprechende Stelle an, nämlich: infra de legatis II 'Et Proculo' (= D. 31, 20) und gibt dann als Solutio an: „Possumus dicere, quod placuit Proculo, quod dicitur in inforciatis, sed non Ulpiano. Vel ibi fuit facta mentio partium, hic non. R." Aus der Glosse des Accursius „non accresceret" zu D. 31, 20 schließe ich, daß die Glosse in der Tat von Rogerius stammt (auf Bezeugung in nur einer Hs. ist nichts zu geben), aber folgendermaßen zu emendieren ist: „Vel hic fuit facta de mente partium, ibi non." — [4]) ed. Wenck (1820) 180.

in der des Irnerius annehmen müssen. Es läge dann nahe anzunehmen, daß sie schon, wie die Teile selbst, von dem Schreiber des Kodex S herrührten, was am besten ihre Wunderlichkeit und Unverständlichkeit erklären würde. Völlig ausgeschlossen ist das in der Tat nicht. Aber doch höchst unwahrscheinlich: und zwar aus dem einen Grunde, weil sich dann der Name Digestum vetus doch wenigstens in einer der vier unabhängigen Hss. des 12. Jh., PVUL* hätte finden müssen, was nicht der Fall ist. Wir müssen uns daher leider entschließen, diese Hypothese fallen zu lassen und den Ursprung der Namen auf der Schule suchen, also bei den Lehrern oder Studenten. Rührte sie nun von Irnerius oder einem seiner Kollegen her, was schon an sich bei ihrer Geistlosigkeit, die die richtige Deutung offenbaren wird, wenig wahrscheinlich ist, so würde man nicht verfehlt haben, sie in Glossen zu Beginn der einzelnen Teile zu erläutern. Dies scheint aber nicht geschehen zu sein. Denn wenn es auch nicht viel besagen will, daß den Wenigen, die sich mit voraccursischen Glossen befaßt haben (mich eingeschlossen), keine derartige Glosse begegnet zu sein scheint, da ja nur ein verschwindender Bruchteil aus dem ungeheuren Material bisher untersucht worden ist, so wäre doch Accursius, der wie das ganze MA. auf alles Etymologische erpicht gewesen ist, an solchen Glossen schwerlich vorüber gegangen. Er bringt aber weder zu Beginn des Vetus noch des Novum eine Erklärung und zum Infortiatum eine ganze Reihe sinnloser, ersichtlich später Deutungen. Wir werden daher die Namen für Erzeugnisse der Studentensprache halten müssen, und damit erklärt sich ihr geringer Tiefsinn und die Tatsache, daß die wissenschaftliche Literatur mit ihrer Deutung sich erst befaßte, als die Erinnerung an diesen ihren „burschikosen“ Ursprung und zugleich an ihren Sinn bereits verloren gegangen war.

28. Ströme von Tinte sind seit 700 Jahren diesem Probleme ununterbrochen gewidmet worden, wenn es auch nie an Skeptikern gefehlt hat, die mit Accursius (zu Beginn des Infortiatum) ausgerufen haben: „relinquitur pertinacibus!“ Wir werden natürlich, vorab bemerkend, daß die Erklärung des Namens Tres Partes, weil ersichtlich den Anfangsworten ent-

nommen, nie bestritten gewesen ist, nur die durch Alter oder Ansehen hervorragenden Deutungen erwähnen. Zu diesen gehört leider auch die sog. bolognesische „Tradition“, die sich, eben durch die Unsinnigkeit ihrer Behauptungen, als später Erklärungsversuch ohne ein Körnchen historischer Wahrheit enthüllt.[1]) Die älteste Form ist hier wieder die des Introitus: der Name Infortiatum erkläre sich durch die ausnehmende Stärke der Männer, die diesen Teil aufgefunden hätten, oder — „sicut in disciplina fere preceptorum omnium traditur“ — dadurch, daß zur Zeit der Auffindung eine Infortiati genannte Münze ausgegeben wurde.[1a]) Die Namen Vetus und Novum sollen sich (offenbar die billigste Erklärung) durch das Nacheinander der Auffindung erklären. Bei Odofredus, an den in § 24 angeführten Stellen (Nr. I, III, V), ist die Sage schon wieder erheblich ausgeschmückt. Zwar für das Vetus hat er nur eine Deutung: „quia prius fuit in compilatione sive compositione“ (I)[2]); für das Novum schon

[1]) Oder sollte es sich nicht einmal um Deutungen, sondern um eine bloße Äußerung des in der Wissenschaft des kindlichen Mittelalters so regen Spieltriebes, um Wortwitze handeln? Daß auch die Etymologieen der Glossatoren, über die wir zu lächeln pflegen, ohne zu ahnen, daß wir vielleicht über sie lächeln sollen, dergl. enthalten, beweist unzweideutig die folgende von Accursius selbst herrührende glossa ordinaria zu D. 36, 1, 65, 10 v. „condicio“: „Si imponas tibi nomen meum, sc. Accursium, quod est honestum nomen, dictum quia accurrit et succurrit contra tenebras iuris civilis.“ — [1a]) Es ist gewiß seltsam, daß Savigny (3, 436) auf ganz den gleichen Einfall kam. Die gen. Münzen (von verstärktem Feingehalt) sind seit 1146 nachweisbar; vgl. auch Ducange s. v. Moneta fortis (5, 460). — [2]) Allerdings ist der Abdruck bei Savigny (3, 426) ungenau und unvollständig, ich gebe ihn daher nach der mir freundlichst nach Freiburg gesandten, einzigen bekannten Hs., Paris lat. 4489 f. 106[d]: „Dicitur ff. 'vetus', quia prius fuit in compilatione (sicut compilatione *ins. Cod.*) sive compositione, sicut dicitur vinum vetus (novum *Cod.*) primo et principaliter collectum, infra de tritico legato l. vetus (infra sicut pe. l. vinum *Cod.*) [D. 33, 6, 11]. Dicitur Inforciatum ab 'Inforciato' auctore, ut Inst. insunt *Cod.* de actionibus § alie [J. 4, 6, 3, cf. § 4 in fine], quod non reperitur [der Schreiber scheint das Wort 'Infortiatum' gesucht zu haben; es ist aber nur die Analogie der actio 'Publiciana' gemeint]. Vel dicitur ab 'Inforcias' in caldeo vocabulo, id est dispositione, quia 'inforciarum' in caldeo dicitur dispositio, et hoc quia ultime voluntates defunctorum continentur in eo. Vel dicitur 'Inforciatum' secundum Yr[nerium]“ usw. wie bei Savigny.

zwei: „quia ultimo compilatum" oder: weil es „nova iura continet" (I); und für das Infortiatum schon drei: „ab Infortiato auctore" (I)[3]) oder, aus einem gallisch-chaldäischen Worte, das „letztwillige Verfügung" bedeute, von denen dieser Teil handle (I, V)[4]) oder, weil Irnerius, als ihm dieser Teil als letzter gebracht wurde (hier tritt eine der Beziehungen zu der anderen Fabel von der Wanderung der Rechtsbücher von Schule zu Schule zutage) ausgerufen habe: „scientia nostra aucta vel augmentata est" (I) oder auch: „ius nostrum augmentatum, infortiatum est" (III, V). Natürlich ist auch diese, bei Odofreds Lehrer (?) Accursius erst im Keim vorhandene Deutung eine Erfindung, wie so mancher „Ausspruch eines berühmten Mannes," und schon Bartolus hat eingewandt, daß in diesem Fall das Buch „Infortians", nicht „Infortiatum" geheißen hätte.[5]) Soweit Odofredus, dieser Kronzeuge der Lehre von der Kontinuität der Rechtsschulen im früheren Mittelalter.

Wir wollen ein halbes Jahrtausend voll weiterer aberwitziger Deutungen überspringen und sofort bemerken, daß sämtliche Erklärungsversuche des 19. Jh. an eine kleine, das Bedenken des Bartolus beseitigende Wendung der letzt-

---

[3]) Es gab übrigens tatsächlich einen Juristen dieses Namens oder wenigstens Spitznamens, so genannt, weil er in einer (nicht sicher zu bestimmenden) Stadt der einzige war, der zu irgendeiner Zeit eine Hs. dieses Teils besaß. So berichtet Baldus zu C. 8, 38, 3 und nennt ihn *Guid.*, manche Drucke lesen *Guill.* Es ist müßig zu fragen, welcher Guido, Guillelmus oder Guizardinus gemeint sei; Guido de Suzaria, an den Tamassia und (zweifelnd) Besta denken (in: L'opera di Baldo (1901) 17, 105 N. 57) ist es nicht, da Baldus ihn einen voraccursischen Juristen nennt. — [4]) Vgl. oben N. 2; in Nr. V ist die Stelle bei Savigny 3, 428 ausgelassen, aber bei Tamassia 75[1] nach einem schlechten Druck unvollständig abgedruckt und aus Accursius ad Inf. princ., wie folgt, zu emendieren und zu ergänzen: „Infortiatum, quod est medium volumen, dictum est ab 'infortias' *(so Acc.*, a simplici *Od.)* Gallico vel potius Chaldeo vocabulo, quia in Gallia nil aliud est dicere quam disponere (quia ultime dispositiones hic sunt *add. Acc.*). — [5]) An der bei Savigny 3, 433b gedruckten Stelle; er wendet sich hier zunächst gegen eine andere Variante dieser Sage: daß Irnerius nämlich überhaupt das Infortiatum nicht besessen habe (3, 434a). Die Einbeziehung des Irnerius scheint ein voreiliger Schluß aus der N. 21 zu erklärenden Tatsache zu sein, daß Irnerius diesen Teil weniger stark glossiert hat als andere.

genannten Deutung anknüpfen. In einer Vorlesung nämlich über „civilistische Litterär Geschichte“, die, wie gewöhnlich, Hugo auch im Jahre 1803 abhielt (die Ausschaltung der Geschichte unserer Wissenschaft aus dem Unterricht ist ja erst eine Errungenschaft der neuesten Zeit!), wurde ihm von einem Hörer namens Ballhorn die Frage vorgelegt, ob denn Digestum infortiatum nicht „das durch die nachmals hinzugekommenen tres partes verstärkte, vermehrte, verbesserte Digestum heißen“ könne?[6]) Dieser Einfall wurde, trotz des ominösen Namens des Urhebers, sofort zur herrschenden Meinung; sie ist der Kern oder das Schlußstück der Erklärung des Problems der Dreiteilung überhaupt bei Hugo[7]), Savigny[8]), Mommsen (LXXII), Sohm[9]) und anderen Schriftstellern. Trotzdem ist diese Erklärung, mitsamt ihren schon (§ 22 N. 13) erwähnten Argumenten, infolge unsres Nachweises, daß die Tres Partes von Anfang an, nämlich schon im Kodex S, einen Abschnitt innerhalb des Infortiatums gebildet haben (§ 23), und also weder je einen Teil für sich noch den Anfang des Novum gebildet haben, unannehmbar.[10])

Ebenso unannehmbar ist die heute wohl durchweg vertretene Erklärung des Namens Digestum „vetus“ daraus, daß ursprünglich, also von Irnerius, nur dieser Teil, als der zuerst bekannt gewordene, doziert worden sei. Denn schon von vornherein ist es gewiß eine seltsame Vorstellung, daß Irnerius, sobald er diesen Teil in die Finger bekommen hätte, drauflos gelehrt haben soll, ohne sich um das Folgende zu bemühen, und dies, obwohl doch aus dem im Kodex S vorhandenen Index titulorum (§ 7 vor Nr. 4), aus der Erwähnung der quinquaginta libri digestorum in den Institu-

[6]) Civilistisches Magazin 3 (1812) H. 2 (1803) 184, vgl. Bd. 5 (1825) XXXII. — [7]) U. a. bei Savigny 3, 438. — [8]) 3, 433 c. — [9]) Institutionen § 6 Anh. Abs. 3. — [10]) Es sei noch auf einige Schwierigkeiten, die der abgelehnten Annahme entgegenstehen, hingewiesen: warum ist nichts überliefert von einem Namen des 2. Bandes vor seiner „Verstärkung“ durch die Tres Partes, obwohl diese noch bei Placentin (s. § 22 N. 13) zum Novum gehören sollten? Wie kann der Katalog von Bec (s. ebenda bei N. 14) diesen Teil „inforciata“ nennen, obwohl doch die betr. Hs. die Tres Partes nicht besaß? Wie konnte man ihn, in krasser contradictio in adjecto, „Infortiatum sine Tribus Partibus“ nennen, wie dies z. B. Odofredus (bei Savigny 3, 428 Nr. IV) tut?

tionen (Const. Imp. Maiest. § 4) und aus dem zweiten Pandektentext, der schon nach der bisherigen Meinung auch das Infortiatum (bis Buch 34) umfaßte, allgemein die große Unvollständigkeit des Vetus bekannt sein mußte. Man hat sich daher nach Tatsachen umgesehen, die diese Deutung bekräftigen könnten und, diese, einem bekannten Phänomen der Sagengeschichte entsprechend, denn auch gefunden.[11] Man beruft sich darauf, daß in denjenigen Schriften, welche die ältesten, spätestens dem Anfang des 12. Jh. angehörigen Pandektenzitate aufweisen, ganz überwiegend das Vetus benutzt ist.[12] Und in der Tat ist dies, wie wir schon gesehen, bei allen hierhergehörigen Gruppen von Schriften der Fall: der kanonistischen (Ivos Decret und Panormie, Tripertita, Coll. Cäsaraugustana, s. § 12 N. 32—36), der langobardischen (Expositio, Kölner Institutionenglosse, De actione mutui, s. § 16 N. 12, 14 und Nachtrag) und der romanistischen (Gl. zur Epit. Cod., s. § 12 N. 38). Aber die Hauptmasse der Zitate, die der ersten Gruppe, beruht einfach auf dem Zufall, daß Ivo, auf den fast alles zurückgeht, einen aus dem Vetus schöpfenden Auszug, den der britischen Dekretalensammlung (§ 8 N. 6), in die Hand bekommen hat und selbst in diesem finden sich zwei aus Infortiatum und Novum geschöpfte Stellen (30, 39, 6; 41, 3, 15, 1)[13]; und eine des Novum (50, 17, 30) unter den wenigen nicht auf Ivo zurückgehenden Stellen dieser Gruppe.[14] Die Zahl der Zitate in den anderen Gruppen ist aber eine so minimale, daß es schwer ins Gewicht fällt, wenn wir in jeder der beiden Gruppen doch auch Zitaten aus dem Novum begegnen; in der Expositio aus 50, 16, 94[15]; in der Kölner Institutionenglosse aus 48, 6,

---

[11]) Der Vorgang, dem wir schon im § 22 N. 13 begegneten, ist nämlich häufig der, daß zunächst ein unverständlich gewordener Name, z. B. einer Örtlichkeit, von der Volksphantasie auf irrige Weise erklärt wird, hieraus sich eine lokale Tradition entwickelt (sog. Volksetymologie), diese dann von der Forschung für mindestens teilweise glaubwürdig erachtet wird und nun gewaltsam in die Tatsachen hineininterpretiert wird. Hierfür wird jeder Folklorist Beispiele anführen können. — [12]) Vgl. Mommsen Jahrbuchaufsatz 431, Praef. XXXXVI[2], v. Scheurl ZRG. 12 (1876) 148, Conrat 76[1]. — [13]) S. § 23 N. 1[a]; § 15 N. 1. — [14]) S. § 15 N. 1. — [15]) S. § 15 N. 1.

11, 2[16]); in der Darmstädter Codexglosse aus 48, 2, 3 pr.[17]) Schon durch diesen Nachweis wird der Berufung auf die stärkere Benutzung des Vetus jede Beweiskraft genommen; das übrige tut die Erwägung, daß stärkere Benutzung und früheres Bekanntwerden offenbar zwei ganz verschiedene Dinge sind. Die stärkere Benutzung des Vetus, sofern von ihr überhaupt die Rede sein kann, erklärt sich daraus, daß in jener Frühzeit die Meisten im Anfang des schwierigen Buches stecken geblieben sein werden.[18])

Man hat sich ferner darauf berufen, daß die ältesten Hss. überwiegend dem Vetus angehören.[19]) In der Tat gehören nach Mommsens Feststellungen (XXXXVIIIff.) von sechs Hss. des 12. Jh. vier dem Vetus an PVUL (PV vielleicht noch ins 11. Jh. reichend), während T auch einen Teil des Infortiatum umfaßt, das außerdem noch durch die Hs. W vertreten ist. Seitdem ist m. W. nur die ehemalig d'Ablaingsche Hs. des Infortiatum in Leiden hinzugekommen, die nach Fitting um die Wende des 12. und 13. Jh. geschrieben ist.[20]) Alle anderen Hss. gehören dem 13. oder späteren Jahrhunderten an, insbes. sämtliche des Novum.[20a]) Schon dieser letztere Umstand genügt, um darzutun, daß aus diesen, offenbar vom Zufall der Erhaltung bestimmten, minimalen Zahlen nicht der mindeste Schluß auf eine frühere

---

[16]) S. § 16 N. 14; vermutlich ist auch 44, 7, 5, 1 zitiert, s. § 19 nach N. 27e. — [17]) S. Conrat 181[3]; seine Bedenken werden behoben durch die Accursische Gl. zur gleichen Stelle (C. 9, 2, 16 pr. v. tempusque). — [18]) Entsprechendes gilt ja noch heute für alle besonders schwierigen Werke. — [19]) Mommsen XXXXVI, Conrat 75. — [20]) Questiones S. 6. Ferner sollen sich in Fritzlar vier Blatt aus Buch 38 von einer Hand des 12. Jh. befinden, laut einer m. W. ungeprüft gebliebenen Mitteilung Ubbelohdes an Mommsen (XXXXVI[5]). Auch sonst werden gewiß noch einzelne Fragmente von Pandektenhss. des 12. Jh., etwa als Schutzblätter neuerer Hss., ans Tageslicht kommen oder sind es schon; vgl. z. B. Gaudenzi am § 3 Nr. 6 gen. Ort S. 148 (Digestum vetus). Mit der Versetzung des Infortiatum Oxford Coll. Joh. Bapt. Nr. 24 durch Hach am § 22 N. 8 gen. Ort S. 164 vielleicht noch ins 12. Jh. hat es kaum seine Richtigkeit. — [20a]) Das einzige bekannte Fragment einer älteren Novumhs., 48, 16, 10, 2 — 48, 18, 1, 27 umfassend, hat Conrat in Kassel (Ms. Appendix 4) gefunden, Bull. 20 (1908) Sep. Abz. Die von Savigny benutzte Novumhs. saec. XII in Leipzig ist leider verbrannt (XXXXVII[1]).

Bekanntheit des Vetus zu ziehen ist: denn das Novum weist noch weniger alte Hss. auf als das Infortiatum und ist doch nach der herrschenden (aber falschen) Meinung früher gefunden worden als dieses, jedenfalls aber in frühbolognesischer Zeit stärker benutzt worden als das Infortiatum.[21]) Will man trotzdem in dem Überwiegen der ältesten Hss. des Vetus mehr als Zufall sehen, so mag man diese „Tatsache" damit erklären, daß überhaupt die Zahl der Vetushss. unverhältnismäßig groß ist (XXXXV), und dies erklärt sich wieder dadurch, daß es in Bologna und sonst Brauch war, gerade über diesen Teil eine „lectura ordinaria" zu halten.[22])

Endlich ist denn auch, und zwar von Savigny (3, 433, 437) diese letztere Tatsache für seine Deutung des Namens Vetus ins Feld geführt worden.[22a]) Da wir aber die gleiche Unterscheidung „ordentlicher" und „außerordentlicher" Vorlesungen beim Codex finden (l. 1—9 einer-, 10—12 andererseits), und hier offenbar die verschiedene Wichtigkeit der Teile den Ausschlag gegeben hat, so werden wir auch bei den Digesten nach einer solchen Erklärung suchen. Alsdann ergibt sich aber ohne weiteres, daß die zunächst und also von allen zu hörende „ordentliche" Vorlesung nur die über das Vetus sein konnte, weil dieses die allgemeinen Lehren enthält.

---

[21]) Während wir schon zu Anfang des 12. Jh. einer starken Benutzung des Novum begegnen, z. B. im Ashburnhamer Rechtsbuch (§ 12 N. 29) und in den Glossen des Irnerius (Savigny 4, 39), kommt das Infortiatum in den allerältesten Zitaten nur einmal vor (N. 13) und auch bei Irnerius zwar nicht ganz selten, wie es nach Savigny (3, 434b; 4, 39) scheinen könnte — ich vermag viele Glossen zu diesem Teile nachzuweisen — aber doch seltener als zum Vetus, Codex und Novum (wenn auch immer noch häufiger als zu den Institutionen! vgl. Besta 106). Noch Gratian (ca. 1140) scheint nur eine Stelle benutzt zu haben, s. Conrat Epitome CCXLVI[1]. Wahrscheinlich liegt dies daran, daß in diesem Teile der Digesten nur Institute behandelt werden, die ganz besonders stark unter der Konkurrenz des langobardischen Rechts zu leiden hatten: Dos, Tutel, Haereditas, Bonorum possessio. Vgl. N. 5 und Savigny 2, XII; 3, 437f. — [22]) Savigny 3, 265. — [22a]) Desgl., mit reicher Ausschmückung, von Gaudenzi am § 19 N. 27k gen. Ort S. 94, ferner von Costa, Storia delle fonti d. dir. Rom. (1909) 141.

Hat so die Erklärung des Namens Vetus aus einer früheren Verbreitung in den Tatsachen nicht die mindeste Stütze, so kann sie auch natürlich nicht dazu dienen, um, wie üblich, den Namen Novum aus dem Gegensatz zu erklären.[23]) Wir müssen uns also nach anderen Deutungen umsehen.

29. Wiederum werden wir von vornherein jede tiefsinnige Erklärung ablehnen müssen, und dies um so mehr, als wir die Namen als wahrscheinliches Erzeugnis der bologneser Studentensprache erkannt haben. Da nun die Art der Teilung eine Bezeichnung nach dem Inhalt ausschloß und zu einer historisierenden kein Anlaß da war, so liegt es nahe zu vermuten, daß es sich bei ihnen, wie bei der Teilung selbst, um einen Scherz handeln muß. Dieser Erwartung genügt die Deutung, daß, mittelalterlichem Brauch entsprechend, nicht nur die Tres Partes, sondern auch der dritte Band nach seinen Anfangsworten genannt wurde, daher mit Rücksicht auf die erste Rubrik — die schon zu seiner Abteiluug geführt hatte — „de operis novi nuntiatione“, als das dort angekündigte Opus novum angesehen und demgemäß Digestum novum genannt wurde. Hierbei mag das Vorbild Justinians, der das letzte Glied seiner Einteilung, die pars septima, „articulus novissimus digestorum“ nennt (C. 1, 17, 2, 8) noch mitgewirkt haben. Dann ergab sich ganz von selbst für den ersten Teil, als Gegenstück des letzten, die Bezeichnung Digestum vetus; auch hierbei mag eine Analogie mitgewirkt haben: die zwischen Testamentum Novum und Vetus.[1])

[23]) Nur beiläufig sei noch auf die Widersprüche aufmerksam gemacht, in die sich Savigny dadurch verwickelt, daß er trotz dieser Erklärung (3, 433) das Novum mit dem Vetus ein andermal (S. 430f.) gleichzeitig gefunden werden läßt; während Mommsen (LXXII) Novum und Infortiatum gleichzeitig abgeschrieben werden läßt und zugibt, daß „proprie“ auch letzteres *Novum* heißen müßte, was schließlich auch nach v. Scheurls Theorie (s. § 24 N. 11) wenigstens in bezug auf die Tres Partes gelten müßte.

[1]) Savigny 3, 433 verwirft von seinem Standpunkt aus diesen Gedanken, der aber um so näher liegen mußte, als man in vorbolognesischer Zeit unter Pandekten eben die Bibel verstand; „Pandectes: omnia ferentes et vetus et novum testamentum“, definieren mehrere bei Conrat Epitome 198 excerpierte Glossare, vgl. S. CCLIf.

Wie aber sollte man das eingeschlossene Stück nennen? Nun eben „das Eingeschlossene“: Infortiatum.[1a]) An der Alleinrichtigkeit dieser Übersetzung würde niemand zweifeln, wenn statt *Infortiatum* dastünde: *Incarceratum*. Wir haben also nur noch, da von *fortia* nach Analogie von *incarcerare*, *intascare*, *imboccare* usw. (ins Gefängnis, in die Tasche, in den Mund stecken) offenbar *infortiare* gebildet werden konnte und mußte, nur noch nachzuweisen, daß *fortia* im mittelalterlichen Latein romanischen Sprachgebiets für *carcer* gebraucht wurde. Das steht nun von vornherein zu erwarten, da das Wort im MA. sehr oft einen räumlichen Sinn annimmt und so viel wie „Machtgebiet“ bedeutet[2]) und da *in fortiam communis* (oder: *domini potestatis*) *duci* (oder: *venire*) gerade auch in Bologna technisch für „verhaftet werden“ gebraucht wird.[3]) Und so heißt es denn auch ausdrücklich in einer provenzalischen Inquisitio von 1268[4]): „et ipse interfuit captioni dicti hominis, et ipsum vidit intrudi in força Montispavonis“.[5])

[1a]) Vielleicht hängt mit diesem Ursprung die Gepflogenheit zusammen, das Wort abstrakt, ohne den Zusatz Digestum anzuwenden (s. auch Savigny 3, 422a); doch kann auch das Streben nach Breviloquenz beim Gebrauch des als Buchtitel eindeutigen Wortes das Motiv hierzu gewesen sein. — [2]) Beispiele aus toskanischen Urkk. des 13. Jh. bei Ficker 4 Nr. 304, 376 („districtum sive fortiam“), 417; des 14. Jh. bei Kohler und degli Azzi, Das Florentiner Strafrecht des 14. Jh. (o. J. [1909]) S. 44 („Florentie eiusque comitatus, fortie, territorii et districtus), 55, 56, 105 usw. — [3]) Zahlreiche Belege bieten die von mir in „Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik“ 1 (1907) edierten bolognesischen Strafprozeßakten des 13. Jh., z. B. S. 218, 8; 219, 7; 234, 17; 327, 15. — [4]) Ducange s. v. Força 4: „ex schedis Praesidis de Mazaugues“ (vgl. Bd. 10 S. XCIX), Lagerort mir unbekannt. — [5]) Gemeint ist sicherlich Montpaon Dép. Rodez. Die anderen bei Ducange gesammelten Zeugnisse wage ich nicht zu verwerten, da eine Deutung im Sinne von Haftgewalt statt Haftlokal nicht ganz ausgeschlossen ist, z. B.: „Tenere debeat arrestum in fortia curie presentis civitatis“ u. ähnl. Wer eine Handbibliothek mit reichem italienischen Urkundenmaterial benutzen kann, wird weitere Beispiele leicht beibringen können. Ich verweise schließlich noch auf die Analogie des deutschrechtlichen Ausdrucks „verfesten“, vgl. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im MA. 2 (1879) 296 N. 20; ferner darauf, daß noch im heutigen Italienisch „fortezza“ sowohl Festigkeit als auch Festung bedeutet.

Das einzige, was sich gegen diese Erklärung des Namens Infortiatum einwenden ließe (gegen die der anderen dürfte sich überhaupt nichts sagen lassen) ist, daß dieser Gebrauch des Wortes *infortiare* ein fernliegender, bei weitem nicht so alltäglicher gewesen sei wie der sonst nachweisbare im Sinn von „verstärken", „vergewaltigen" usw. Aber gerade das trägt zur Befestigung unserer Annahme bei — denn wäre das Wort hier nicht in einem ungebräuchlichen, oder wenigstens der Schriftsprache fremden Sinn gebraucht worden, wie hätte man dann in Bologna auf die teils unrichtigen, teils sogar aberwitzigen Deutungen verfallen können, die wir vorgeführt haben?[6])

Für jeden, der mit Sprache und Anschauungsweise jener Zeit vertraut ist, liegt vielmehr diese Deutung und überhaupt die ganze hier vorgetragene Lösung der Probleme der Dreiteilung und ihrer Namengebung so nahe, daß man sich wundern müßte, wenn sie nicht schon irgendwo vorgeschlagen worden wäre. Das ist sie denn auch in der Tat, wenn auch als bloß vermutungsweise, ohne Widerlegung der konkurrierenden Deutungen, vorgetragener Einfall, und zwar schon im Jahre 1583 von Dionysius Gothofredus.[7]) Aber obwohl seine Ausgabe des Corpus iuris civilis (bekanntlich der ersten Gesamtausgabe unter diesem Namen), in zahllosen Exemplaren und immer neuen Auflagen verbreitet, allen, die sich mit der Frage seither befaßt haben, oft genug in der Hand gewesen ist, ist seine Meinung kaum ein einziges Mal zitiert worden.[8]) Und doch verdient sie es wohl, der

---

[6]) Schon eine Wirkung der Erklärung als „verstärkter Teil" scheint es zu sein, wenn die § 22 N. 20 angeführte Bamberger Hs. des 13. Jh. von „afforciatum" spricht. Daraus dann wieder das § 22 N. 16 erwähnte „anfortiatum". — [7]) Daß ich auf seine Bemerkung erst gestoßen bin, nachdem in allen Punkten meine Meinung feststand, erwähne ich deshalb, weil in dieser weitgehenden Duplizität eine schwache Gewähr der Richtigkeit liegt. — [8]) Wenigstens nicht als seine Meinung! Als eigne Meinung wird sie ausgegeben — abgesehen von einer Andeutung bei Gebauer v. Tres Partes — von Hugo (in unbegreiflicher Verbindung mit seiner Theorie der arithmetischen Gesetzmäßigkeiten), im Civilistischen Magazin Bd. 6 (1837) Heft 1 (1827) S. 44f., 48; und von Puchta, im Kursus der Inst. Bd. 1 § 148 (1.—10. Aufl. 1841—93). Hugo schöpfte aus Gothofredus direkt und indirekt (durch

Vergessenheit entrissen zu werden; denn Gothofredus bringt zwar keine Deutung des Wortes Vetus und keine Erklärung des Abschnittes bei dem Worte Tres Partes, erriet in der Hauptsache aber die ganze Wahrheit. Er sagt nämlich, nachdem er zunächst einige abgeschmackte Deutungen des Wortes Infortiatum aufgeführt und parodierend überboten hat, in seiner Note zur Rubrik von D. 24, 3: „Sed iam cesso in re nihili operam sumere: nisi dicas, hunc tomum inter digestum vetus et digestum novum (cuius initium fecerunt a titulo ad eam rem aptissimo, de operis novi nuntiatione) conclusum, Infortiatum, quasi in custodia et carcere vel vinculis inter duos positum, denominatum ab interpretibus fuisse, et huius infortiati tomum dissectum non sine ratione, initio eius sumpto videlicet a titulo soluto matrimonio".

Anhang.

Die Bedeutung des Vulgattextes für die Kritik des Justinianischen Textes.

Nachdem wir nunmehr die Untersuchung über die Entstehung des Vulgattextes abgeschlossen haben, wird es sich empfehlen, für die Zwecke des Altromanisten die zerstreuten Ergebnisse zur Kritik des Originaltextes, aus denen der Gang der Untersuchung schwer ein Gesamtbild zu entnehmen gestattete, hier zusammenzufassen.

Demgemäß erinnern wir zunächst daran, daß zur Herstellung des Justinianischen Textes uns vier Klassen von Hilfsmitteln zur Verfügung stehen: 1. die Florentina; 2. die sonstige lateinische Überlieferung aus vorbolognesischer Zeit (Neapolitaner, Pommersfelder, Berliner Fragmente, Gromatikerexzerpte u. a. m., s. XXXX ff.); 3. die griechischen Übersetzungen und Bearbeitungen; 4. die Vulgathandschriften.

Gebauer), vgl. Bd. 3 (1812) 183, 5 (1825) H. 1 (1814) S. 12** am Schluß, S. 42f., H. 4 (1825) 483, Bd. 6 (1837) S. 547, 552, 560, 571; Puchta aus Hugo, vgl. seine Rezension über diesen am § 20 N. 3 gen. Ort S. 137, 139 und oben § 25 N. 2. Dagegen wird Gothofredus wenigstens erwähnt von H. Kaulen, De origine partitionis Dig. in Dig. vetus usw. S. 8. (Ist, wie die gleichnamige Schrift von G. Stephan, preisgekrönte Göttinger Diss. 1839; erstere wenigstens als Stoffsammlung brauchbar.)



Hinsichtlich der ersten drei Klassen hat unsere nur dem vierten Punkte zugewandte Untersuchung kein textkritisches Resultat von Belang ergeben. Immerhin sei es gestattet auf sie hinzuweisen ad 1. dafür, daß die Korrekturen der Florentina aus einer von ihrer Vorlage verschiedenen Hs. stammen (§ 2 N. 7) und daß F selbst in Mommsens Ausgabe eine schlechthin genaue Wiedergabe nicht erfahren hat (§ 12 N. 41).[1] Ad 2. erbrachte § 16 N. 2 den Nachweis, daß das Berliner Fragment R sowohl mit F als mit dem Pandektenauszug verwandt ist, wodurch sich sein geringer kritischer Wert erklärt. Ad 3. ein weiteres Argument dafür, daß selbst Übereinstimmung der Florentina und der Griechen noch keine volle Gewähr für das Vorliegen des von den Kompilatoren festgesetzten Textes bietet (§ 2 N. 3). Ad 4. endlich eine weit größere Bedeutung des Vulgattextes für die Kritik des Justinianischen, als die seit Mommsen herrschende Meinung annimmt. Hier haben wir zu verweilen.

Zwar bestreiten auch wir ja nicht, daß die Vulgaten infolge ihrer durchgängigen Abhängigkeit von F — woran trotz des § 7 N. 1 besprochenen textkritischen Rätsels eisern festzuhalten ist — neben F für die (niedere) Kritik nur in soweit in Frage kommen, als sie „authentische Emendationen“ enthalten, also aus der Epitome Pandectarum geschöpften, mutmaßlich echten Text darstellen. Bestritten

[1] Wenn es sich auch zweifellos um inhaltlich wertlose Kleinigkeiten handeln wird, so hegen wir doch den Wunsch, daß der nunmehr fast vollendete „Digestorum seu Pandectarum codex Florentinus olim Pisanus phototypice expressus“ von erfahrenen Paläographen einer Kollation mit der Ausgabe unterzogen und das Ergebnis dieser (in paläographischer Hinsicht zweifellos fruchtbaren Arbeit), einmal veröffentlicht, das Nachschlagen der Tafeln entbehrlich mache. Scialoja hat dies bereits für Lieferung 1 und 2 getan und hieraus „per esempio“ mitgeteilt, daß bei 200 + 200 Seitenabteilungen 28 + 49 Teilungen falsch angegeben sind (Rendiconti d. R. Acc. dei Lincei Ser. 5 Bd. 11 (1902) 171 ff.; Atti del Congr. intern. di science storiche, Roma 1903, Bd. 9 (1904) 190). Diese Zahl ist so enorm, daß ich annehme, Mommsen habe die Zeichen seines Gewährsmannes (hier Kießlings) mißverstanden; umsomehr, als von sonstigen Versehen Scialoja keines mitteilt, als daß p. XXX* Z. 15 statt omnem zu lesen sei: 'o'omnem *F*[b].

und — wie wir glauben — widerlegt haben wir aber die Voraussetzung, auf der die geringschätzige Behandlung der Vulgaten beruht, die für die heutige Romanistik nicht mehr zu existieren scheinen (während umgekehrt die Florentina wieder wie im Mittelalter als das „autenticum pandectarum" zu gelten scheint, obwohl sie sich, wo Vergleichung gestattet war, mehrfach als die minderwertige Hs. erwiesen hat und sogar einen bereits interpolierten Text darbietet, s. XXXXI, LIIII, LVI). Diese Voraussetzung besteht in der Annahme, daß authentische Emendationen nur an den etwa 30, von Mommsen LXXf. vollzählig ermittelten, über nur 11 Bücher zerstreuten Stellen vorhanden seien. Wir haben jedoch im § 12 nicht nur die Zahl der erweislich aus der Epitome erflossenen Emendationen vermehren und diese bis zum 48. Buch nachweisen können, sondern vor allem gezeigt, daß die herrschende Meinung Erweislichkeit und Vorhandensein verwechselt, und daß es nur ein weiterer Trugschluß war, wenn man infolgedessen einen sehr beschränkten, bis Buch 34 reichenden Umfang der zweiten Quelle angenommen hat, während sich in Wahrheit über den Umfang der Epitome nicht das mindeste ermitteln läßt und diese ebensogut $^9/_{10}$ wie $^1/_{100}$ des Rechtsbuchs umfaßt haben kann. Wir gewinnen damit das unbestreitbare Recht, in allen Teilen der Digesten echte, aus der Epitome geflossene Lesarten erwarten zu dürfen und das Vorliegen solcher authentischen Emendationen dann anzunehmen, wenn die Vulgatlesarten einerseits in sachlicher oder sprachlicher Hinsicht besser sind als die der Florentina — andererseits keine Notwendigkeit besteht, sie trotzdem als mittelalterliche Erzeugnisse anzusehen; denn die bloße Möglichkeit, daß sie Konjekturen sind, kann zu ihrer Verwerfung eben nur auf Grund des Vorurteils führen, daß die Zahl der authentischen Emendationen eine minimale sein müsse. Notwendig aber ist die Annahme, daß in solchen besseren Lesarten bloße Konjekturen vorliegen, nur, falls ihr Nichtvorhandensein in der Epitome erwiesen ist. Da aber diese verschollen ist und ihr Bestand sich nicht mehr rekonstruieren läßt (§ 12 fin.), können wir sie mit dem Kodex S, der anscheinend einzigen Hs., welche die Epitome verwertet hat, nicht mehr vergleichen und daher auch nicht feststellen, welche

der im Kodex S — u. E. durch Irnerius — hinzugekommenen und durch ihn den Vulgaten übermittelten Emendationen, die möglicherweise Konjekturen wären, in der Tat als solche anzusprechen sind (unsere Nachweisungen von solchen Konjekturen in § 13 operierten ja gerade mit ihnen anhaftenden, sie als mittelalterliche Erzeugnisse ausweisenden Unvollkommenheiten). Wohl aber können wir (gemäß § 15) wenigstens von S den Text und Bestand aus seinen Abschriften rekonstruieren; daher durch Vergleich mit diesen feststellen, was erst in ihnen — also durch Konjektur — hinzugekommen ist, und somit den Grundsatz aufstellen: Jede der florentinischen überlegene Lesart der Vulgaten darf als die echte gelten, es sei denn, daß sie als noch nicht in S vorhanden erwiesen und demgemäß als bolognesische Konjektur entlarvt wird. (Bei Gleichwertigkeit beider geht die florentinische Lesart als die äußerlich besser bezeugte natürlich vor.) Die Beweislast hat also der, der eine bloße Konjektur behauptet.

Um einen solchen Gegenbeweis zu führen, müßte nun entweder gezeigt werden, daß S an der betr. Stelle noch las wie F; dies ist anzunehmen, wenn eine der Hss. der älteren litera bononiensis, also im Digestum Vetus insbes. P oder V oder L gegen F keine Variante aufweist[2]) — oder aber gezeigt werden, daß S eine dritte Lesart aufwies; dies ist anzunehmen, wenn mindestens zwei voneinander unabhängige Hss., insbes. unter den Hss. PVUL, in ihr übereinstimmen. Im Infortiatum und Novum dagegen wäre der Nachweis einer besseren Vulgatlesart als Konjektur durch Wahrscheinlichkeitsgründe zu erbringen, unter denen junges Alter, vereinzeltes Vorkommen, Schwanken des Wortlauts besonders ins Gewicht fallen.

Wir sind damit, auf einem höheren Ringe der historischen Spirale, da angelangt, von wo vor einem halben Jahrhundert (einem langen Zeitraum für die Herrschaft einer Hypothese) Mommsen ausging: wollte er dem „prinzipiell bodenlosen Verfahren“, daß jeder seine Meinung auf eine beliebige

[2]) Der Text von U beweist nichts, da er von der Nachvergleichung mit F bereits berührt ist (LXV[1]).

Vulgaths. oder Ausgabe stützte (Jahrbuchaufsatz S. 408), also der Anarchie ein Ende machen, und hat er zu diesem Behufe die Despotie des Florentinatextes aufgerichtet, so schreiten wir nunmehr zu einer gesetzmäßigen Freiheit fort: einer Möglichkeit der Wahl verbunden mit festem Kriterium des Wählens. Es ergibt sich damit die Notwendigkeit, Mommsens Ausgabe unter Anerkennung der kritischen Gleichwertigkeit des Vulgattextes einer Revision zu unterziehen.

Nunmehr aber erhebt sich — nicht nur für solche Revision, sondern fatalerweise auch für die tägliche romanistische Arbeit — die brennende Frage: wie „den Vulgattext“ kennen lernen? Eine wissenschaftlich befriedigende Antwort gibt es heute noch nicht. Heute sind wir, da es unmöglich ist, die Arbeit von Fall zu Fall selbst zu machen, auf unvollkommene Vorarbeiten angewiesen. Vorarbeiten handschriftlicher Art, die man nunmehr zum Druck befördern könnte, gibt es nicht. Eine solche von höchstem Werte läge vor, wenn Mommsen seinen gedruckten Apparat, der ja nur eine winzige Auswahl von Vulgatlesarten enthält, aus einem vollständigen, auf Grund der verglichenen Hss. angefertigten Apparate ausgezogen hätte und nun das Ms. desselben zur Verfügung stände; Mommsen hat ein solches Ms. aber nicht angefertigt (dies hätte die Riesenarbeit noch um Jahre verlängert), sondern die ihm momentan wichtig erscheinenden Varianten sofort bei Vergleichung der von ihm eingesehenen Hss. ausgezogen.[3]) Von anderen Hss. standen ihm zwar von seinen Mitarbeitern gelieferte, vollständige Vergleichungen zu Gebote, doch sind diese dem Brande seiner Bibliothek zum Opfer gefallen.[4]) Andere, nur zum kleinsten

[3]) Die Kenntnis dieser Tatsache, aus welcher sich manche Unvollkommenheiten des Apparates erklären dürften, verdanke ich eben so wie anderes hier Mitgeteilte der gütigen Auskunft von Herrn Prof. Paul Krüger. Die so entstandenen Variantenauszüge müssen sodann geordnet und in das Druckms. eingetragen worden sein. Dieses bestand in einem durchschossenen Exemplar der Taurellischen Ausgabe und befindet sich jetzt im Besitz der Akademie der Wissenschaften zu Berlin. — [4]) Es handelt sich um die Vergleichung eines Teils von V durch Kekulé und von T durch P. Krüger. Was aus der einst Bruns gehörigen Vergleichung

Teil von Mommsen benutzte Vergleichungen befinden sich noch heute in der UB. zu Tübingen unter den Papieren Schraders[5]), dessen großartige Vorbereitungen zu einer Digestenausgabe bekanntlich aber von unhaltbaren Grundsätzen beherrscht waren[6]) und deshalb zu keinem nennenswerten Resultat geführt haben; (ausgeführt ist der Apparat, teils in Druckschriften, teils im Ms., nur für winzige Partikel: Primordia; lib. 1—2, 14; 12, 5; 22, 5; vgl. XXXXVI[6]). Brenkmanns Papiere endlich — in der UB. zu Göttingen — sind von Gebauer für den Druck seiner Ausgabe in der Hauptsache bereits ausgenutzt worden (s. N. 11).

So sind wir auf gedruckte Apparate angewiesen. In Betracht kommen überhaupt nur der Gebauersche und der Mommsens. Der letztere enthält, wie bemerkt, erstens eine Auswahl von ihm für wichtig erachteter Varianten (aus im ganzen 17 Hss.). Bei Benutzung ist wohl zu beachten, daß ein Schluß auf den Text einer bestimmten Hs. hier nur sicher ist, wenn er als in ihr enthalten ausdrücklich durch Beisetzung der Sigle anerkannt ist, was gelegentlich zu Zweifeln führen kann.[7]) Vollständig ist nur die Kollation von P (für

von Q durch Kausler für Schrader geworden ist, weiß ich nicht. Vgl. p. XXXXVIII ff.

[5]) Es handelt sich um die Vergleichung von P durch Kausler, die dann freilich von Mommsen wiederholt worden ist, von V durch Blume, von W durch Blume und Maier. Vgl. p. XXXXVIII ff. Das massenhafte sonstige Material, das Schraders Papiere (Codd. Tub. 303, 304, 311, 312) enthalten, hat Mommsen nicht verwertet. — [6]) Vgl. Krüger 388[12]. — [7]) Vgl. § 12 N. 1, wo ich die Angabe der Quelle des zu F in D. 2, 15, 14 ergänzten Satzes als „vergessen“ bezeichnet habe. Freilich werde ich nun von höchstgeschätzter, der Ausgabe nahestehender Seite belehrt, daß, wenn nur das Fehlen eines Satzes in F angegeben sei, sich von selbst verstünde, daß er in den sonst für die betr. Stelle verglichenen Hss., also in diesem Falle P(VU), enthalten sei. Es mag zugegeben werden, daß eine solche Deutung beabsichtigt ist, zum mindesten für die völlig ausgenutzte Hs. P. VU sind aber, wie die Klammer besagt, an dieser Stelle nur z. T. ausgeschöpft, so daß die Möglichkeit einer dritten, verderbten Lesart nicht ausgeschlossen ist, und in bezug auf V sagt Mommsen (XXXXVIII) noch ausdrücklich: „de hoc libro ibi tantum mihi credi volo, ubi quid in eo legatur enuntiavi, neque ex silentio meo de eo iudicari“ (dagegen geht aus Gebauers Apparat hervor, daß Brenkmann die Ergänzung außer in 12 anderen Hss. auch im „Vat. I“ gefunden hat, der, was Mommsen

das ganze Vetus), ferner von WDE für Buch 30 und 31, und von XYZM für 41, 2. Zweitens enthält der Apparat in den Additamenta am Schluß der beiden Bände eine vollständige Kollation zahlreicher Hss. und Drucke für verschiedene Titel von Buch 5 (t. 3—6); 28 (t. 2); 33 (t. 5); 34 (t. 3), 36 (t. 1 l. 1—19; 32—51; 81—85), 43 (t. 16, 31—33). Bei diesen Stichproben hat Mommsen sich von der Absicht leiten lassen, die Unvollständigkeit des eigentlichen Apparats als berechtigt zu erweisen: „exemplo luculento demonstrare, in ea varietate, quam omisi, non reperiri nisi sordes meras bonae frugis expertes" (LXIIII).

Wäre dieses Werturteil berechtigt, so würden unsere Ausführungen alle praktische Wichtigkeit verlieren. Prüfen wir daher beliebige textkritische Arbeiten der neueren Zeit! Der letzte Band der Savigny-Zeitschrift (30, 1909) enthält z. B., so viel ich sehe, 12 textkritische Vorschläge, welche die Verfasser — je sechs sind von Eisele (S. 112f., 148f.) und von Kübler (S. 410) — anscheinend für neu erachtén; offenbar in der Voraussetzung, daß, wenn sie in Vulgaten enthalten, von Mommsen notiert worden wären. Aber schon aus Brenkmann-Gebauers Angaben wäre zu entnehmen gewesen, daß genau die Hälfte — aus beiden Gruppen je drei — Vulgatlesarten sind.[8]) Sollte die Vulgata da nicht auch an vielen anderen Stellen mehr enthalten als „bloßen Schmutz?"

---

nicht gewußt zu haben scheint, mit V identisch ist; s. N. 11). Aber selbst die Lesung von P bleibt unsicher, denn Mommsen stellt als Grundsatz auf (LIIf.): „libris VLU ita usus sum, ut sicubi ... discrepant F et ... P ... illorum lectio poneretur"; da nun solche Angabe fehlt, könnte man meinen, daß P hier liest wie F, also den Satz nicht enthält. Freilich wird nun dieser Grundsatz an Hunderten von Stellen nicht befolgt; als Beispiele für solche Fälle, in denen P anders liest als F, trotzdem aber nicht angegeben ist, wie die hier in Klammern gesetzten Hss. lesen, nenne ich nur die folgenden: I, 83, 18 (U); 86, 5 (LU); 87, 29 (VLU); 87, 34 (L); 96, 37 (LU); 153, 31 (VL); 307, 35 (LU). So kommt man aus den Zweifeln nicht heraus, wenn man nicht an dem im Text formulierten Prinzip festhält.

[8]) 1. D. 13, 6, 17, 3: dandum accipiendum que] *FP*; dantem accipientemque] *Eisele; Vulg.* dantem accipientemque] *Brenkmann. (Schon Accursius h. v. hatte diese Lesart der Florentinischen vorgezogen!)*

2. 13, 7, 1, pr.: non sola traditione] *FP*; non solum tr.] *Eisele; Haloander et Vulg.* non solum tr.] *Br.*

Mit Gebauers Apparat, der uns schon so gute Dienste geleistet hat (s. § 15 N. 2), wird sich überhaupt die Textkritik für die Bedürfnisse des Tages in erster Linie zu behelfen haben. Das Hauptverdienst an ihm kommt dem Holländer Heinrich Brenkmann zu, dem tüchtigen Historiker der Florentina († 1736), der zum Zweck einer neuen Digestenausgabe nicht nur die Florentina in 14 monatiger Arbeit verglich, die Basiliken heranzog und zahlreiche Vulgatdrucke kollationierte, sondern auch eine Unzahl von Vulgathss. durchsah; zur Rubrik des Titels 37, 8 z. B. führt Gebauer aus Brenkmanns Papieren, die er aus Bynkershoeks Nachlaß 1743 erworben hatte, dreißig an, und auch dies sind noch nicht alle. Gebauer selbst hat außer höchst sorgfältigen Angaben aller kritischen Bemerkungen Taurellis, Haloanders und des Dyon. Gothofredus sowie der schwierigen Bearbeitung der Brenkmannschen Notizen nur noch den schon oben (§ 7 N. 1) erwähnten Rehdigerschen Kodex des Digestum novum vollständig verglichen und fortlaufend angemerkt; im Texte sodann eine genaue Wiedergabe der Taurellischen Edition mit Berücksichtigung der Brenkmannschen Vergleichung der Florentina gegeben.[9]) Endlich hat, drei Jahre nach G. Chr. Gebauers 1773 erfolgtem Tode, G. A. Spangenberg das Ganze (zusammen mit den Institutionen) als ersten Band der sog.

3. 47, 2, 62 (61) 6: si dolo quid fecerit] *F*; *Mommsen will nach* fecerit *8 Worte einschieben, Eisele heilt die Stelle leicht durch Ersetzung von:* si *durch:* nisi; *dies haben aber schon einige Vulgathss., andere lasen* si non, *cf. Mommsen, Gothofredus, Gebauer.*

4. 38, 16, 1, 3: hoc quo, ut] *F*, eo usque, ut] *schlägt Mommsen vor; Kübler verbessert elegant* hoc quo? ut; *so aber lasen schon Haloander, Gothofredus und Gebauer, der nach Brenkmann:* hoc quoque ut] *als Lesart der Vulg. angibt.*

5. 1, 4, 1, 1: haec] *FP*; hae] *Kübler; Vulg.* hae] *Br.*

6. 24, 3, 50: et haec] *F*, et hae] *Kübler*; *Hal. et Vulg.* et hae] *Br.* In Nr. 6 und wohl auch 3 haben wir authentische Emendationen vor uns; in Nr. 1, 2, 5, da F und P übereinstimmen (wenigstens sind keine Varianten angegeben), Konjekturen, die hier gewiß das Rechte treffen; Fall 4 ließe sich nur nach Einsicht der Hss. beurteilen. Auch die anderen sechs Vorschläge könnten schon in Vulgathss. stehen. — Beispiele umsichtiger Verwertung des Vulgattextes bieten dagegen die Bemerkungen Fittings, Zur Kritik des Digestentextes, Z. 26 (1905) 49 ff.

[9]) Vgl. zu alledem Gebauer, Narratio de H. Brenkmanno (1764).

Göttinger Ausgabe sorgfältig zum Druck befördert. Schon bei ihrem Erscheinen angefeindet, ist die (in typographischer Hinsicht allerdings kümmerliche) Ausgabe nie zu vollem Erfolge gelangt und heute fast verschollen; wo sie überhaupt angeführt wird, geschieht es, um die Wiedergabe des Textes zu loben; nur Landsbergs nicht leicht versagendes Iudiz hat auch hier annähernd das Rechte getroffen.[10]) In Zukunft wird sich Gebauers Apparat — bis zum Erscheinen eines modernen historisch-philologischen Anforderungen genügenden, also wohl noch sehr lange — hoffentlich wieder einer größeren Beachtung seitens der Rechtshistoriker zu erfreuen haben.[11])

[10]) Geschichte der Rechtswissenschaft 1 (1898) Text und Noten zu S. 238f. Außer der daselbst angeführten Literatur ist noch Spangenbergs Vorrede zur Ausgabe zu vergleichen. — [11]) Bei Benutzung des Apparats ist zu unterscheiden, ob Gebauer selbst spricht: Sigle GEB., oder ob er die Notizen Brenkmanns wiedergibt: Sigle BR. Im ersteren Falle sind an Mitteilungen aus Hss. nachgetragen alle Varianten des „Rehd.", d. h. Redhigerianus (Breslau Stadtbibl., Cod. R. 289, nach Auskunft der Verwaltung dem 13/14. Jh. angehörig) und, wo Brenkmann nur die Zahl der Hss., die eine gewisse Variante haben, angibt, die aus seinen Collektaneen ermittelten Signaturen der Hss., so wie sie Brenkmann in der Hist. Pand. 275ff. verzeichnet (daselbst stehen auch die amtlichen Signaturen). Im letzteren Falle ist wieder zu unterscheiden zwischen den von Brenkmann aus diesen Hss. zitierten Lesarten und denen, die er als solche der „Vulg." bezeichnet. Darunter versteht er, wie er in der Hist. Pand. 261 definiert: „ea lectio, in quam plures antiquae editiones, quae vulgo in manibus omnium sunt, maxime quae ante Noricam [d. i. Haloanders, Nürnberg 1529] et Florentinam [d. i. Taurellis, Florenz 1553] prodiere", also einen mehreren Ausgaben des 15. und des 16. Jh. gemeinsamen Text (den auch ich bei durchgängiger Nachprüfung seiner Angaben in diesen Drucken angetroffen habe). Selbstverständlich reproduzieren diese (die er von den Haloandrischen und Taurellischen streng unterscheidet) die in den gerade benutzten Hss. enthaltene jüngere (oder ältere) lit. bon. (vgl. oben N. 9 Nr. 1, 3; § 16 Nr. 9); doch wurden von den Editoren auch vielfach mit Sorgfalt älteste Hss. herangezogen, z. B. in der Blaublommschen von 1523, die Brenkmann ganz besonders schätzte (s. Gebauer am N. 9 gen. Ort S. 131), eine Pariser Hs. mit Spuren der Graeca. Leider hat Gebauer, um Raum zu ersparen, die von Brenkmann aus diesen Drucken zusammengestellten Angaben über die Varianten der daselbst benutzten Hss. nicht aufgenommen (l. c. S. 105). An diese Drucke scheint Mommsen gedacht zu haben, als er, den Apparat seines Vor-

Aber auch da, wo die Vulgaten nur Konjekturen bieten, wird man — wir sahen es soeben (N. 8) — gut tun, ihre Stimmen zu beachten, und ehe man eigne Versuche unternimmt, nachzuschlagen haben, was denn die alten Meister sagen. Kann doch sie, die die Pandekten nahezu auswendig wußten (das ließe sich aus Zitierformen und Parallelstellensammlungen erweisen), an Gesetzeskunde unter den Lebenden keiner erreichen, keiner an Scharfsinn übertreffen. Getrost kann man behaupten, daß sich die meisten Konjekturen (und ebenso die meisten Auslegungen), auf welche man ohne Anwendung moderner philologischer und historischer Kenntnisse verfallen kann, bei den Bearbeitern des Vulgattextes von Irnerius bis auf Jason vorweggenommen finden werden.

---

gängers mit Verachtung erwähnend, bemerkte: „pendere ex libris saeculi XV et XVI“ (LXIIII). Dagegen hebt er hier leider nicht hervor, daß Brenkmann auch Handschriften verwertet hat, und zwar z. T. sehr alte. Insbes. hat er in Rom, wo er deren 64 eingesehen hat (Hist. Pand. 258) auch die neben P älteste des Vetus stark benutzt, Mommsens Hs. V (s. S. 275: „omnium longe vetustissimum exemplar“; sie führt bei ihm [und Gebauer] die Bezeichnung „Vat. I“ und wird richtig als Cod. 1406 angegeben), daher wir seine von Mommsen (Jahrbuchaufsatz S. 407) in Bausch und Bogen als „so gut wie unbrauchbar“ genannten Angaben hier sogar zur Ergänzung und Kontrolle der von Mommsen nach Kausler in Auswahl mitgeteilten Lesarten brauchen konnten (oben N. 7); ferner benutzte Brenkmann z. B. eine der 4 ältesten Novumhss., Mommsens Codex Z („Vat. Pal. VIII“ = Cod. 754, s. S. 284). Dagegen ist allerdings anzuerkennen, daß es sich bei ihm z. T. nur um Lesarten handelt, die „für einzelne schwierige Stellen ... aus einer Anzahl aufs Geratewohl zusammengeraffter Vulgathss.“ entnommen sind, wie Mommsen l. c. urteilt, wobei jedoch die Zahl dieser Varianten viele Hunderte beträgt und die der von Mommsen mitgeteilten wohl erreicht. — Als (freilich sehr schwaches) Hülfsmittel einer künftigen Ausgabe sei zum Schluß noch erwähnt die fast unbekannte Schrift von I. L. W. Beck, Indicis codicum et editionum iuris Iustinianei prodromus (1823).

Nachträge.

Zur Einleitung N. 2 in fine. Die handschriftliche Geschichte der Florentina stammt von Jos. Averanius, † 1738.

Zu § 2 nach N. 4a. Ein weiteres Argument für die Annahme lateinischer Schreiber scheint sich aus einer von Mommsen an einigen Facsimilien in anderem Zusammenhang gemachten, von Krüger am Kodex selbst bestätigten Beobachtung zu ergeben (p. XXV). Hiernach sollen die Schreiber manchmal die lateinische Manier der Silbentrennung (z. B. diges|tis) befolgen, „longe frequentius" aber die griechische Manier (z. B. quae|stio), und die Korrektoren gelegentlich pedantisch auf letztere halten (z. B. ip|se F[1], i|pso F[2]). Diese Ungleichförmigkeit würde nun schlecht zu Mommsens Annahme griechischer Schreiber passen, dagegen vortrefflich zu meiner Annahme lateinischer, unter Aufsicht griechischer Korrektoren arbeitender Schreiber. Und zwar um so mehr, als meine eigne Untersuchung des Kodex* das Überwiegen der lateinischen Manier ergeben hat. Aber dennoch gebe ich auf dieses Kriterium gar nichts, da ich diese Manier — im Buch 27 — auch von dem einzigen griechischen Schreiber befolgt fand, z. B. 1, 5: adminis|trant; 1, 30, 1: sus|cepit; 1, 31, pr: sus|tineat; 1, 32: nos|tro; 2, 6: pos|tulat; 3, 7, 1: sus|cipere; 8, 1, 5: adules|centes; 8, 3: magis|tratus; 10, 12: adminis|tratio. (An anderem Orte gibt Mommsen, unter Berufung auf das späte Alter der Hs., den Mangel einer Gesetzmäßigkeit für diese Hs. zu: Abh. d. Berl. Akad. 1868 S. 165f.).

Zu § 4 N. 8. Nach Buonamici an dem im Anhang N. 1 gen. Kongreßband S. 182 setzten auch die bekannten italienischen Paläographen Paoli und Gloria den Kodex an das Ende des 6. oder den Anfang des 7. Jh.

Zu § 5 N. 14 Mitte. Patetta hatte behauptet, es seien auch an jener Stelle (Statuti inediti della città di Pisa ed. Bonaini 1 [1854] I, 64) — „et dicti cancellarii, cum duobus notariis cancellarie, debeant et teneantur singulis tribus mensibus ire ad S. Petrum ad vincula, pro videndo et excutiendo diligenter volumina Pandectarum, et eis visis et excussis, ibidem debeant collocare" — unter „Pandecte" die Urkundenbücher der Stadt zu verstehen, was für andere Stellen allerdings unstreitig ist (La scuola giuridica Costantinopolitana del sec. XI e la scuola di Bologna, in: Studii giur. ded. e off. a. Fr. Schupfer 2 [1898] 126). Auf Buonamicis sehr starke Gegenargumente erwidert Patetta m. E. erfolglos in Studi Senesi 15 (1898) 383 ff. Das P. (wie auch B.) anstößige Wort „excutere" bedeutet nichts als ausschütteln, abstäuben und nötigt also nicht zu P.s Annahme.

Zu § 5 N. 18 ff. Z. T. dasselbe sagen schon Buonamici in dem Sammelwerk: Per l' VIII centenario dell' univ. di Bologna (1888) 46 f. und Patetta in der eben gen. Festgabe S. 125[1]. Ersterer will aber daraus, daß Irnerius die Pisana nicht kannte, schließen, daß diese noch nicht in Pisa war (s. N. 8), was zu weit geht. Letzterer beruft sich

umgekehrt darauf, daß die l. 38 D. 5, 3, die zweifellos in S gefehlt hat (vgl. Mommsen LXV[1], wo statt I, 194, 7 zu lesen ist: I, 194, 17) und in seinen Abschriften aus F restituiert wurde, bereits von Irnerius glossiert worden sei. Indessen ist die Autorschaft des Irnerius an den fraglichen drei Glossen — sie finden sich in einer der beiden von Besta bei seiner Edition benutzten Hss. (II, 76), die 2. und 3. auch in Patettas eigner Hs. — nicht genügend bewiesen; alle drei Glossen fehlen in der zweiten von Besta sonst benutzten Hs. (Padua) und in P.s Hs. ist die dritte Glosse anonym. Darauf aber, daß eine einzige Glosse in zwei (vielleicht verwandten) Hss. durch Voranstellen von y dem Irnerius zugeschrieben werden, ist unseren positiven Gegenargumenten gegenüber kein Gewicht zu legen. Zum mindesten würden diese, auch wenn P. recht behalten sollte, beweisen, daß Irnerius a n f a n g s F nicht gekannt hat.

Zu § 5 N. 28 in fine. Der von mir aus zweiter Hand und deshalb falsch zitierte, mir nunmehr zugänglich gewordene Aufsatz von Buonamici über: Burgundio Pisano in Annali delle università toscane 28 (1908) enthält zur Ergänzung der ihm unbekannten Fittingschen Ausführungen von 1894 (s. N. 9) nichts. Seine alten Gründe für den (übrigens schon von Grandi, Epistola de Pandectis[2], 1727, behaupteten) Transport der Florentina aus ihrer constantinopolitanischen Heimat nach Pisa durch Burgundio um 1140 (s. N. 8) werden wiederholt; auf die vielen Gegengründe, z. B. den § 3 N. 5 erwähnten und die Tatsache der Existenz von Sprößlingen der Florentina in Italien bereits um 1100 (§ 8 N. 6) wird nicht eingegangen. Tafel VI enthält eine Photographie der oft, u. a. von Savigny aus Autopsie 4, 395f. edierten Grabinschrift für Burgundio; das Todesdatum ANNO DOMINI. MC. LXXXXIIII TERTIO KL'. NOV. INDICT. XII ist unter Zugrundelegung des stilus Pisanus und der griechischen Indiktion mit 1193 Nov. 30 Ind. XII aufzulösen, wodurch sich außer meiner eignen Angabe bei und in N. 9 auch die bei Savigny 4, 399 und Mommsen XII[1] berichtigen. Bei Edition der kurzen Inschrift weicht Buonamici 40f. an 8 Stellen von Savigny ab; in einem Falle mit Recht (Z. 1 clausus, nicht cinis); in allen anderen mit Unrecht (Z. 2 promitur, nicht ponitur; Z. 8 romano, nicht romana; Z. 11 Quoque, nicht Quaque; Z. 14 fugans, nicht fugens; Z. 24 Scema, nicht Gemma; Z. 29/30 -tum, nicht -tus; Z. 30 gaudete, nicht gaudente). S. 43 setzt sich Buonamici mit den bisherigen Editionen auseinander. Die (richtigen) Lesarten promitur und -tum bezeichnet er als falsch; Z. 20 müsse man Psichem, nicht Sichem; Z. 24 scema, nicht gemma lesen; er selbst druckt (richtig) Sichem und (falsch) Gemma. Die Tafel ist völlig klar.

Zu § 5 N. 38. Die herrschende Meinung, daß diese erste Wiederbenutzung der Florentina lediglich auf Polizians Kollation beruhe, da die unmittelbare Quelle, die Papiere des Lud. Bologninus († 1508), nur Abschrift derer Polizians sei (Savigny 6, 369), wird gegen Stintzings Bezweiflung (Gesch. d. deutsch. Rechtswissenschaft 1, 1880, 179) bestärkt

durch neue Nachrichten über Bolognins scheinheiligen Charakter (L. Frati: L. Bolognini, in Studi e Memorie per la storia d. Univ. di Bologna 1 [1909] 121[5], 131[6]) und eine Notiz am Schluß seiner Kollation des Dig. Novum: „Illud Policiani fuit impressum de (!) XI maij 1495“, womit er m. E. unwillkürlich seine Vorlage verrät, nämlich den (noch erhaltenen) von Polizian zur Eintragung der Varianten benutzten Druck von 1495 (Savigny 6, 440), während er zu Beginn der Kollation (Frati 127) sich der Benutzung der Florentina selber berühmt. —

Älter noch als diese Arbeiten sind aber die — m. W. bisher unerwähnten — eines ungenannten Humanisten, und zwar in der Florentina* selbst, auf neueren Schutzblättern zu Ende von Bd. I f. 442—448ʳ und zu Anfang von Bd. II f. 1—7ᵛ (diese und drei weitere unbeschriebene Blätter sind in der Reproduktion mitgezählt worden, so daß bei Vergleichung derselben Mommsens Blattzahlen für Bd. II stets um 10 erhöht werden müssen). Hier befindet sich von gleicher Hand nicht nur Abschrift und Übersetzung des griechischen Epigramms — darunter die bei Brenkmann 199 (und danach im Auszug bei Mommsen XVI[2]) edierten Notizen von Christ. Landinus und Mars. Ficinus vom 9. April 1486 (f. 442ʳ) — sondern Auszüge und Übersetzungen der griechischen Stellen aus allen Teilen des Rechtsbuchs; doch ist die auf Vollständigkeit abzielende Arbeit unbeendet geblieben.

Zu § 7 Abs. 2. Patetta in der oben (Nachtrag zu § 5 N. 14) gen. Festgabe S. 123f. bestreitet die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit der Annahme, daß P von einer Hs. in langobardischem Ductus stamme. Nach eingehender Prüfung seiner Ausführungen muß ich jedoch diese, soweit sie gegen die Mommsen-Jafféschen Kennzeichnung jenes Ductus gerichtet sind, durchaus ablehnen und es dem Leser überlassen, aus den Praef. S. LXV völlig getreu wiedergegebenen Facsimilien sich von der Möglichkeit der fraglichen Verwechselungen selbst zu überzeugen. Da übrigens Patetta eine Hypothese über die Schriftart der Vorlage von P unterläßt, seine Bemerkungen jedenfalls auch nicht auf eine solche der Justinianischen Zeit passen (und gegen die Annahme so hohen Alters des Kodex S sprechen auch Schwierigkeiten wie die § 12 bei N. 40 geschilderten), so werden unsere Schlußfolgerungen nicht berührt; seine eigne Folgerung, daß bei der von ihm bekämpften Annahme die Heimat der Hs. in Süditalien gesucht werden müsse, hatten wir schon vorbeugend § 8 N. 5 widerlegt.

Zu § 12 nach N. 4. Herr Dr. E. Rosenstock-Berlin weist mich auf eine weitere, gewiß nicht auf Konjektur beruhende, hohe philologische Begabung bekundende Emendation hin: in D. 19, 1, 43 verbessert S den Schreibfehler von F „responsum domini Ulpiani“, obwohl er echt mittelalterlich klingt, in „r. Domicii U.“

Zu § 12 N. 15a. Unrichtig ist hier angegeben, daß die Ergänzung nach „utilibus“ nicht in den Vulgaten steht, vgl. vielmehr auch hierfür Gebauer. Dieser Fall scheidet also aus. Dagegen kommen (außer den genannten) an Stellen, in denen sowohl F als die Vulgaten

einen wenigstens nach Mommsens Meinung verderbten Text, die Vulgaten trotzdem aber auch Emendationen aufweisen, in Betracht I 64 N. 1; 490 N. 2; II 121 N. 4. Übrigens ist die Verwandtschaft zwischen F und dem Pandektenauszug sichergestellt durch die § 16 N. 2 erwiesene Verwandtschaft beider mit dem Berliner Fragment (R).

Zu § 12 N. 38 lit. c. Eines der 11 (nicht 14: s. Zusatz zu § 16 N. 14) Digestenzitate der Kölner Glosse, nämlich das von D. 2, 14, 1, 2 in Gl. 106, findet sich auch in dem verwandten und wohl gleichaltrigen Stück über die actio mutui, her. zuletzt von Fitting, Gualcausus 139 (vgl. Conrat 595[5]).

Zu § 12 N. 39 in fine. Eine vollständige Aufzählung der Digestenzitate in Justinianischer Zeit bietet Conrat nicht, da er an den betr. Stellen z. T. nur Beispiele bietet; die Stellen befinden sich übrigens S. 34[3], 108[8], 112[4], 123[2], 124[2], 128[6, 7], 129[6], 130[4], 138[1], 140.

Zu § 15 bei N. 2. Dafür, daß sich der Ductus der Vorlage von P schon im Archetyp der Vulgaten, also in S befunden, spricht noch entschieden der Umstand, daß die hieraus entstandenen Lesefehler in nicht weniger als drei der vier ältesten Hss. sich finden (PVU, s. S. LXV[2]). Wird somit unser Nachweis, daß P unmittelbare Abschrift von S ist, noch gekräftigt, so können wir nunmehr hierfür noch einen weiteren Umstand anführen. Es sind nämlich in I 103, 20 aus: „et si postea habuit, sibi postea solvere debet“ in F infolge Abirrung die Worte „habuit, sibi postea“ ausgefallen und in P in der Weise vorhanden, daß „habuit“ richtig nach „postea“, „sibi postea“ dagegen falsch nach „debet“ steht. Dies muß durch ein Mißverstehen der in S aus der Epitome als Interlinearglosse eingefügten Ergänzung erklärt werden (so auch Mommsen LXX, der von seinem N. 4 erwähnten Standpunkt aus aber mit der Möglichkeit hätte rechnen müssen, daß das Mißverständnis bereits in der von ihm angenommenen Zwischenhs. zwischen S und P erfolgt sei).

Zu § 15 N. 17. Ganz neuerdings tritt Pitzorno am § 19 N. 4b gen. Ort für toskanischen Ursprung des Petrus ein und „beweist“ diesen dadurch, daß er zahlreiche in ihm (leider aber in allen romanischen Erzeugnissen!) anzutreffende Ausdrücke und Einrichtungen in toskanischen Urkk. nachweist. Als weiteres Argument will er einen Einfluß des Petrus auf die toskanische Praxis nachweisen, besonders wegen der teilweise wörtlichen Übereinstimmung von Petrus 3, 13. 43 mit der aus Merkel bei Savigny 7, 66 ff. bekannten Aretiner Urk. von ca. 1125 (S. 33). Indessen erklärt sich dieser — vorsichtiger schon von Besta, Arch. Stor. Ital. Ser. 5 Bd. 37 (1906) 23 ff. angedeutete — Zusammenhang aus der gemeinsamen Abhängigkeit von D. 50, 17, 152, 2 = 43, 16, 1, 14.

Zu § 16 N. 11a. Auch für ein bereits der späteren bolognesischen Zeit (ca. 1200) angehöriges Produkt ist ein von F und Vulg. verschiedener Text behauptet worden: nämlich von Pitzorno in einer Anmerkung (5) zu S. 3 seines wichtigen Aufsatzes: il Liber Romanae

legis della ratio de lege Romana, Riv. 43 (1907) Sep. Abz., in bezug auf 5 Digestenzitate (4, 8, 27, 3. 22, 5; 3, pr. 10. 21, 3. 24) der sog. Ratio de lege Romana (ed. l. c. S. 25—36). Diese ist ein romanistisch-kanonistischer Glossenapparat zu venetianischen Statuten angeblich von 1194/5 und scheint aus einem älteren, leider verschollenen romanistischen Rechtsbuch, dem mit lo Codi eng verwandten Liber Romanae legis, geschöpft zu haben. Bei Aufzählung der Varianten (wobei dem Verfasser leider zahlreiche Ungenauigkeiten betr. den Text der Flor. als auch der Ratio unterlaufen) geht er nun von der Voraussetzung aus, daß die Wiedergabe der Gesetzestexte im MA. eine wörtliche war, was völlig unrichtig ist und schon von Conrat (Epitome XLIX ff.) ausführlich widerlegt worden ist. Tatsächlich enthalten denn auch sämtliche von Pitzorno angeführten „Varianten" willkürliche Abweichungen von dem hier in F und Vulg. übereinstimmenden Texte, und zwar durchweg Verschlechterungen. Nur eine einzige Stelle — gerade sie ist dem Verf. entgangen — gewährt eine Entscheidung. Es liest nämlich in D. 22, 5, 3, pr. (I 650, 21) F mit den Griechen richtig *fit*, die Ratio (Nr. 27) dagegen mit PVLU fälschlich *sit*. Es liegt also, wie zu erwarten, einfach Typus V vor.

Zu § 16 N. 14 in fine. Grundlos ist Fittings Annahme von Pandektenbenutzung bei folgenden Glossen der Kölner Institutionenhs.: 89v. ex legato, 105, 114, 115, 131, sodaß nach genauer Zählung nur 11 übrig bleiben: 3, 4, 5, 19, 35, 89v. post lit. cont., 106, 107a, 178, 137, 193. Davon kommt das Zitat in Gl. 106 außer in De actione mutui (s. Zusatz zu § 12 N. 38 lit. c) auch in der jüngeren Schicht der Turiner Glosse, Nr. 349 der Savignyschen Edition (2, 463) vor; auch in Gl. 83 sind die Digesten (1, 3, 16) benutzt. Da jedoch in Gl. 91, die nach Krüger ZRG 7 (1868) 50 sogar von der gleichen Hand b herrührt, die Gl. 349 eingetragen hat, schon die Tres Libri zitiert werden (die Hand von Gl. 83 ist unsicher), so setze ich diese ganze Gruppe nicht mit Conrat 343[1] [344[4]] an die Wende des 11. Jh., sondern (vgl. Conrat selber 355[3]) in die Mitte des 12. Sie kommen also für uns nicht mehr in Betracht.

Zu § 18 N. 10. Übereinstimmend nunmehr Meyer von Knonau, Jahrbücher des deutschen Reichs unter Heinrich IV. und Heinrich V., 7 (1909) 64, 335 und Hessel, Gesch. der Stadt Bologna v. 1116 bis 1280 (1910) 62f. Daß Irnerius schon 1116 die politische Rolle gespielt hat, für Bologna bei Heinrich V. Verzeihung zu erwirken, folgt aus Hessels Gründen keineswegs.

Zu § 24 N. 7 in fine. Sprachlich und historisch vielleicht noch besser ist die Deutung von „marchia" als Gemarkung (sc. Roms), s. Patetta 18f.

Zu § 26 in fine. Ein „Digestum novum" erwähnt auch eine pisanische Verkaufsurk. von 1194 ed. Fabroni, Hist. Academiae Pisanae 1 (1791) 401.

Zu § 28 N. 2 Z. 7/8 v. u. Die Worte: insunt *Cod.* sind zu streichen.

IV.

Zur Geschichte des Interdictum Quod legatorum.*)

Von

Herrn Professor Dr. **Ph. Lotmar**

in Bern.

I. Einleitung. Quellenbestand.

„Das Interdictum Quod legatorum, welches dem Erben, trotzdem er oneriert ist, gegen den Legatar zur Besitzerlangung an den von diesem als Legatar okkupierten Sachen insoferne zusteht, als dieselben im Besitze des Legatars oder doch nur böslich von ihm aufgegeben sind“ (Brinz, Pandekten III 427) — dieses in neuerer Zeit nur von Ubbelohde [1]) näher untersuchte Interdikt stellt der rechtsgeschichtlichen Behandlung vornehmlich die doppelte Aufgabe: den Umfang der Passiv- und den der Aktivlegitimation zu ermitteln. Hierbei ist mit der Möglichkeit von Entwicklungen zu rechnen, zumal solche in der neueren Literatur angenommen worden sind.

Passiv- und Aktivlegitimation sollen hier getrennt erörtert werden, womit nicht jeder Zusammenhang derselben verneint wird. Muß doch das Aufkommen der Belangbarkeit des Fideikommissars, da das Fideikommiß kein Testament voraussetzt, die Ausdehnung der Aktivlegitimation des Intestaterben nach sich gezogen haben. Schon vorher besaß solche der Intestaterbe als prätorischer Noterbe, der die den nahen Angehörigen ausgesetzten Legate zu entrichten hat, und wohl auch derjenige, der omissa causa testamenti Intestaterbe geworden ist. [2])

*) Das Manuskript dieser Abhandlung ist der Redaktion schon im Sommer vorigen Jahres zugegangen, konnte aber wegen Raummangels nicht gedruckt werden.

[1]) in Glücks Pandektenkommentar zu den Büchern 39 und 40 Bd. III (1891) S. 140—190 (hier meist nur mit Verfassernamen und Seitenzahl zitiert). — [2]) Vgl. 6 § 9. 21 D 29, 4. 13 D 36, 3.

Der Bestand an Quellen für das Interdictum Quod legatorum ist im Verhältnis zur naturgemäßen Seltenheit seines Tatbestandes sehr beträchtlich. Zwar wird es in Gaius' Institutionen wie in denen Justinians und deren griechischer Paraphrase übergangen, auch in Paulus' Übersicht über die Interdikte (2 D 43, 1) nicht erwähnt. Aber es handeln von diesem Rechtsmittel, seinen Erfordernissen, Leistungen und Anwendungen, außer den Stellen, welche die mit 'Quod legatorum' rubrizierten Titel der Dig. (43, 3) und des Cod. (8, 3) bilden, noch eine Passage der Fr. Vat. (§ 90) und mehrere in den Digesten zerstreute Exzerpte: 1 § 11. 26 p D 35, 2. 17 D 33, 2. 11 D 36, 3. 40 D 46, 3.

Daß Vat. 90 cit. zu den Zeugnissen gehört, ergibt sich teils aus der inscriptio: libro I de interdictis, dergemäß von 'competit interdictum' die Rede ist, teils aus der jenem Buche entlehnten Rubrik ('sub titulo'), wo die Angabe des zu Verklagenden ('in eum qui legatorum nomine non voluntate eius . . . possidebit') der in 1 D. h. t. vorkommenden Beschreibung der Passivlegitimation entspricht, teils aus der Erörterung selbst, wo die Nichtzuständigkeit des Interdikts mit 'quia non possidet legatum' begründet und der Vorschlag zu einem interdictum utile so gemacht wird, daß wieder Stücke jener Passivlegitimation vorkommen.

Die Beziehung der übrigen fünf Digestenstellen auf unser Interdikt liegt nicht gleichermaßen auf der Hand. Sie wäre natürlich unverkennbar, wenn diese Stellen sich der Bezeichnung 'interdictum Quod legatorum' bedient hätten. Indessen ist diese selbst in Vat. 90 nicht gebraucht und überhaupt — von den Rubriken zu D 43, 3 und C 8, 3 abgesehen — nur einmal anzutreffen, im Eingang des Digestentitels, wo Ulpian sagt: Hoc interdictum volgo 'quod legatorum' appellatur. Obzwar seine gleichartigen Aussprüche über die Interdiktsnamen 'quorum bonorum' (1 § 1 D 43, 2) und 'uti possidetis' (1 § 4 D 43, 17) glaubwürdig sind[1]) und durch

[1]) Gaius jedoch sagt nur: interdictum cuius principium est 'quorum bonorum' (III, 34. IV, 144) und nicht einfach: interdictum quorum bonorum. Vgl. IV, 154: interdictum, cuius principium est 'unde tu illum vi dejecisti' und auch IV, 145 (quidam). Vat. 90 lautet nicht einfach: sub titulo Quod legatorum, sondern es wird eine umständliche Überschrift zur Bezeichnung dieses Interdikts gegeben.

andere Autoren bestätigt werden, so ließe sich doch dem Ausspruch über unser Interdikt mißtrauen. Denn dessen Anwendung ist, wie sich denken läßt, seltener, daher sich ein Sprachgebrauch, der es in zusammenziehender Kürze interdictum Quod legatorum nannte, weniger leicht bilden konnte. So würde sich erklären, daß nur geringe Spur davon erhalten geblieben ist. Jedenfalls bildet aber das Fehlen solcher Spur in 1 § 11. 26 p D 35, 2. 17 D 33, 2. 11 D 36, 3 und 40 D 46, 3 kein Argument gegen die Hergehörigkeit dieser Stellen. Ihre Hergehörigkeit wird durch andere Anhaltspunkte gesichert.

Dies gilt zuvörderst von 1 § 11 D 35, 2 (Paul. lib. sing. ad leg. Falc.): Si legatarius possessionem nanctus est et non potest avocari ei res, quia voluntate heredis errantis nactus est possessionem, dabitur actio heredi, ut id quod supra dodrantem est offeratur.

Daß das wegen Daseins der voluntas heredis unstatthafte avocare beim Fehlen dieser voluntas mittels Interd. Quod leg. erfolgen würde, also gerade unser Interdikt hier ausgeschlossen werde, hat schon ein Scholiast zu Bas. 41, 1, 1 (ed. Heimbach IV 91) bemerkt.[1]) Für diese Annahme spricht einmal, daß auch sonst jenes Interdikt als Mittel des Erben zur Durchsetzung seines Rechts auf die falzidische Quart erwähnt wird: 26 D 35, 2. 1 § 5 D 43, 3. 1 C 8, 3; und ferner daß 'voluntate heredis' höchst wahrscheinlich im Gegensatz zu dem für das Interdikt erforderlichen Nichtwollen gesagt ist.[2])

Der Irrtum des Erben betraf den ökonomischen Stand der Erbschaft oder die Größe der Legatenlast: er hielt sich für nicht überschwert durch Legate, darum willigte er in die Besitzergreifung des Legatars. Es bildet aber nicht dieser Irrtum den Grund des non potest avocari ei res, es ist also nicht 'voluntate heredis e r r a n t i s' zu betonen: denn wenn der Erbe die Überlastung der Erbschaft gewußt hätte, so

---

[1]) Auch Pflüger in dieser Zeitschr. 18, 83. — [2]) Vat. 90: non voluntate. 1 § 2 D h. t.: non ex voluntate. 1 § 11 eod.: voluntate, voluntas. 1 § 12 eod.: voluntate, non ex voluntate. 1 § 14 eod.: voluntate, voluntas. 1 § 15 eod.: voluit, noluit, noluerit. 17 D 33, 2: invitis. 1 C 8, 3: non consentiente.



wäre erst recht (wegen seines Verzichts auf die Falcidia[1]) das avocari ausgeschlossen gewesen. Der Irrtum ist daher nur die Ursache seiner Einwilligung (indem er bei Kenntnis der Überschwerung die Besitzergreifung nicht bewilligt hätte), und seine Einwilligung ist der Grund für das non potest avocari res.[2]) Diese Einwilligung ist aber der Grund für die Unmöglichkeit des avocare mittels des Interdikts, nicht der Vindikation; denn die rei vindicatio des Erben ist, Vindikationslegat vorausgesetzt, bei Nichteinwilligung des Erben ebensoweit ausgeschlossen als bei Einwilligung. Gleichwohl wird von Brinz, Pandekten III 368 'non potest avocari' auf den Ausschluß der rei vindicatio bezogen. An den Vindikationslegatar, der als solcher schon Eigentümer war, sei vom Erben auch der Besitz veräußert worden und hierdurch habe der Erbe sein Vindikationsrecht auch in Ansehung des ihm gebührenden Sachteils verloren.

Gewiß stand dem Erben nie die rei vindicatio aufs Ganze zu, wenn Vindikationslegat vorlag[3]), wie hier anzunehmen ist.[4]) Aber warum er dadurch, daß er irrtümlich den Legatar das Ganze in Besitz nehmen ließ, auch die vindicatio partis ex lege Falcidia verloren habe, ist nicht einzusehen, da er doch gar nicht Eigentum übertragen wollte. Der Besitz entging ihm ganz, nicht verlor er das Eigentum ganz, daher ihm die Teilvindikation bleiben mußte.[5]) Darum kann 'non potest avocari ei res' nicht auf rei vindicatio bezogen

[1]) Verzichtbarkeit: quia ea lex heredis causa lata est nec fraus ei fit, si jus suum deminuat heres. 71 D 35, 2. Brinz, Pand. III § 420 [19]. — [2]) Diese Wirksamkeit der voluntas errantis bestätigt, daß der Satz 'errantis nulla voluntas' von beschränkter Gültigkeit ist (Lotmar in Krit. Vierteljahresschr. f. Gesetzg. 26, 248). — [3]) und zwar ein unbedingtes, andernfalls konnte vor Eintritt der Bedingung der Erbe schlechthin vindicieren: 32 § 1 D 31. — [4]) Von einem Damnationslegatar, der durch den Besitz erst noch Eigentum zu erlangen hat, würde es nicht heißen: Si legatarius possessionem nanctus est. Nach Pernice, Labeo III, 250 [1] „ist hier offenbar ein Vindikationslegat in Frage". Übrigens würde es auch zu einem Damnationslegat nicht passen, die Stelle auf den Ausschluß der rei vindicatio zu beziehen. — [5]) 1 § 5 D 43, 3: — portio Falcidiae apud heredem ipso jure remanet, etsi corporaliter res in solidum translatae sunt. 26 p D 35, 2: — posse vindicare partem in ea linea, quae propter legis Falcidiae rationem deberet remanere. 76 § 1 D 6, 1. 49 D 35, 2.

werden. Es wird denn auch mit diesen Worten nicht die Teilvindikation, sondern überhaupt die Abholbarkeit der Sache verneint.[1]) Es muß also an eine die *ganze* Sache ergreifende Abholung gedacht sein, wie sie gerade durch das Int. Quod leg. bewirkt wird. Und die in unserer Stelle gewährte actio [2]) steht im Gegensatz zum Int. Quod leg., bei welchem 'non voluntate' die formulare Voraussetzung ist, an der es im gegebenen Falle gerade fehlt.[3])

26 p D 35, 2 (Scaev. 5. resp.): Lineam margaritorum triginta quinque legavit, quae linea apud legatarium fuerat mortis tempore: quaero, an ea linea heredi restitui deberet propter legem Falcidiam. Respondit posse heredem consequi, ut ei restituatur, ac, si malit, posse vindicare partem in ea linea, quae propter legis Falcidiae rationem deberet remanere.

Wie in der vorigen Stelle wird auch in dieser die Anwendung des Int. Quod leg. mit Bezug auf die lex Falcidia ins Auge gefaßt. Aber während in 1 § 11 cit. das Interdikt *versagt* wird, weil der Legatar *mit* dem Willen des Erben den Besitz erlangt hat, wird es hier *gewährt*, da der Legatar *ohne* den Willen des Erben in den Besitz gekommen ist.[4]) Und in der vorliegenden Stelle wird daher dem Erben die Wahl zwischen dem Interdikt und der partis rei vindicatio gelassen mit den Worten: posse heredem consequi, ut ei restituatur, ac, si malit, posse vindicare partem in ea linea.[5])

---

[1]) Vgl. 36 D 9, 4. 66 p D 21, 2. 110 D 35, 1. 20 D 46, 3. Mit Bezug auf unser Interdikt spricht 1 § 12 D 43, 3 von 'revocare'. — [2]) ut id quod supra dodrantem est offeratur. Die Variante guter Vulgathss. 'auferatur' wird durch Bas. 41, 1, 11: ἔχει δὲ ἀγωγὴν εἰς τὸ λαβεῖν unterstützt. Gemeint ist damit incertae partis vindicatio und zum 'dabitur actio' würde stimmen Gai. IV 55: quod genus actionis in paucissimis causis dari solet. Das florentinische 'offeratur' könnte sich auf Stellen wie 7 D 35, 2. 76 p D 31. 35 D 35, 2 berufen. v. Koschembahr, Condictio als Bereicherungsklage II 6[5] sieht in der actio „wohl die condictio" und weist auf 3 § 10 D 35, 3; allein das Eigentum am Überschuß ist nicht auf den Legatar übergegangen. — [3]) Hiermit soll nicht gesagt sein, daß 'actio' nicht auch ein Interdikt bezeichnen könne; s. Ubbelohde in Glücks Comment. I 5[4]. — [4]) Οὐ κατὰ γνώμην τοῦ κληρονόμου: Scholion zu Bas. 41, 1, 25. — [5]) Pernice, Labeo III, 250[1] findet es „nicht recht glaubhaft", daß diese vindicatio „ernsthaft gemeint ist". Cujaz, obs. 8, 2, den er anzieht, läßt sie gelten. Pflüger a. a. O. S. 84[2] sagt dazu: „Ich sage, die Stelle ist von ac si

Für die Beziehung des **posse heredem consequi, ut ei restituatur** auf unser Interdikt sprechen die drei Gründe: daß eine Nachlaßsache[1]) ohne Einwilligung des Erben in den Besitz des Legatars gelangt ist und legati nomine von diesem besessen wird, daß jenes Interdikt ein restitutorisches ist[2]), und daß kein anderes die Restitution bezielendes Rechtsmittel hier zu Gebot steht.[3]) Demgemäß sind denn auch in älterer und neuerer Zeit die hervorgehobenen Worte richtig vom Int. Quod leg. verstanden worden. So von einem Scholiasten der Basiliken[4]), von der Glosse und von Cujacius.[5])

Erst in letzter Zeit ist diese einleuchtende Deutung verworfen worden von Ubbelohde S. 180—183 (1891) und Schirmer in Arch. f. civ. Prax. 87, 121—124 (1897). Sie verwarfen sie, weil vom Vorgehen des **heres** gesprochen wird, indem sie auf der unten (Nr. III) zu prüfenden Annahme fußen, daß das Int. Quod leg. im vorjustinianischen Rechte dem heres nicht zugestanden habe. Da nun, wie sie anerkennen, die Stelle nicht der Interpolation zu zeihen ist, so waren sie durch jene Annahme genötigt, die Worte 'posse heredem consequi,

---

malit an interpoliert". Ein Grund wird nicht angegeben, und v. Koschembahr, Condictio II 156[1] findet die Interpolationsannahme „durch nichts begründet". Ubbelohde S. 183: „Gegenüber dem Quod legatorum wäre diese Äußerung (nämlich ac si malit—remanere) ganz ungeeignet". Keineswegs: das Interdikt geht aufs Ganze und setzt Satisdation des Erben voraus, von der partis vindicatio gilt beides nicht.

[1]) Es darf angenommen werden, daß die vermachte Perlenkette dem Erblasser gehört habe. — [2]) 1 § 2 D h. t. 43, 3: (Hoc interdictum) continet hanc causam, ut, quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id **restituat** heredi: 1 § 7 eod.: facultatem habere **restituendi**: 1 § 8 eod.: an hoc interdicto **restituere** sit compellendus. 1 § 9 eod.: an hoc interdicto teneatur ad **restitutionem**. 2 § 2 eod.: Ex hoc interdicto qui non **restituit** —. S. auch bei Ubbelohde in Glücks Comm. I, 7 die Hinweise auf andere 'restituere' enthaltende Stellen (lex Rubr. c. 22. Gai. IV, 144. 25 § 4 D 4, 2), welche auf Interdikte zu beziehen sind. — [3]) Die her. petitio, an welche v. Koschembahr a. a. O. I 118 denkt, ist unanwendbar, weil die Perlenkette nicht pro herede oder pro possessore besessen wird. — [4]) der die Worte in Bas. 41, 1, 25 (Heimb. IV 105): *ἀπαιτεῖ αὐτὴν* (sc. *λινέαν*) *ὁ κληρονόμος* erläutert durch: *Διὰ τοῦ κονὸδ ληγατόρουμ, περὶ οὗ διαλαμβάνει βιβ. μγ΄. τιτ. γ΄* (d. i. D h. t. 43, 3). — [5]) Obs. VIII c. 2 (Opp. ed. Venet. 1758. III 179). Andere Autoritäten bei Schulting, Notae V 546, in unseren Tagen Pflüger a. a. O. S. 84.

ut ei restituatur' auf ein anderes Rechtsmittel als das Interdikt zu beziehen. Nach Schirmer soll dies auch darum geboten sein, weil ihm jene Worte „schlecht zum Gebrauche eines regelmäßigen Rechtsmittels stimmen" — während im Gegenteil der ohnehin in den Responsen zur Prägnanz neigende Scaevola[1]), wenn er das gemeine Interdikt im Auge hatte, sich so kurz fassen konnte, wie er tat, wenn er dagegen nach Schirmer auf etwas Besonderes, die „Hülfe des prätorischen oder richterlichen Officiums" verweisen wollte, sich hierüber auslassen mußte. Und Ubbelohde findet das Interdikt auch darum nicht angängig, weil es auf Restitution zum „Nachlaßbestande" gehöriger Sachen gehe, während im Casus die Perlenkette beim Tode des Erblassers sich im Besitze des Legatars befinde. Allein, daß sie deswegen nicht zum Nachlasse in jedem Sinne gehöre, ist nicht einzuräumen, da sie sonst nicht in die falcidische Rechnung einbezogen würde; und daß Nachlaßsachen, die sich beim Tode des Erblassers ohne den Willen des Erben im Besitz des Legatars befinden, vom Int. Quod leg. nicht ergriffen werden, ist unerweislich, unerweislich auch für solche Nachlaßsachen, deren Besitz der Legatar vom Erblasser erlangt hat.

Beruht so die Verwerfung des Interdikts auf einer historischen Voraussetzung, die nicht der Stelle entspricht, und auf einem Grunde, der, wie Schirmers Kritik der Ausdrucksweise, hinfällig ist, oder, wie Ubbelohdes Begrenzung des Interdiktbereiches, der Stütze entbehrt, so ist auch die positive Beziehung, welche den Worten 'posse heredem consequi, ut ei restituatur' von jenen Autoren beigelegt wird, nicht haltbar oder nicht befriedigend. Von Ubbelohde nämlich werden sie auf persönliche, namentlich Kontraktsklagen bezogen, welche dem Erblasser etwa aus Leihe, Hinterlegung oder Miete gegen den Perlenbesitzer zustanden und auf den Erben übergingen. Indessen wird solcher Kontrakte in der Stelle nicht gedacht, und es würde ein Commodatar,

[1]) Samter in dieser Zeitschr. 27, 175. 177[1]. 180 fg. („eines die Kürze liebenden ... Juristen"). Scaevolas Responsen sind nicht für den Laien geschrieben, sondern für den Juristen, der ohne weiteres versteht, welches Rechtsmittel gemeint ist, wenn der Erbe vom Legatar Restitution des Vermachten erwirken soll.



Depositar oder Mieter, der das Eigentum an der Sache erwirbt und gar durch die Verfügung seines Commodanten, Deponenten oder Vermieters erwirbt, von der kontraktlichen Restitutionspflicht frei werden.[1]) Es würde daher, wie schon Schirmer eingewandt hat, „das Depositum usw. höchstens noch zu dem Teile fortbestehen, der vermöge der lex Falcidia dem Erben erhalten geblieben ist, während es sich in der Stelle um die Restitution der ganzen Schnur handelt". Den Teilanspruch gibt Scaev. alternativ als dingliche Klage: ac, si malit, posse vindicare partem in ea linea. Seinerseits bezieht Schirmer die Worte 'posse heredem consequi ut ei restituatur' auf die actio ad exhibendum, welche auf Restitution gehen und zu solcher führen könne. Allein wenn der heres, wie Scaevola sagt, vindizieren, sei es auch nur pro parte vindizieren kann, so ist die Exhibitionsklage selbstverständlich zulässig[2]), braucht also nicht erwähnt zu werden und erst recht nicht als alternatives Seitenstück zur rei vindicatio. Wie konnte ferner Scaevola dem Leser zumuten, bei den Worten 'posse heredem consequi, ut ei restituatur' an actio ad exhibendum zu denken, wenn diese actio nicht ohne weiteres restitutorisch ist. Und endlich, wenn (nach Schirmers Voraussetzung) der heres hier nur als solcher vom Int. Quod leg. ausgeschlossen war, wie konnte Scaevola trotz seiner auf das Interdikt deutenden Ausdrucksweise dieses dem heres schlechthin vorenthalten, da doch ein heres sehr wohl die bonorum possessio agnosziert haben kann; für solchen heres wenigstens hätte er einen Vorbehalt machen müssen.

Hiernach ist von 26 p D 35, 2 zu sagen: die Stelle enthält nichts gegen und sehr viel für die alte Annahme, daß das Rechtsmittel, das in ihr dem heres wegen der Falcidia neben der partiarischen rei vindicatio gewährt wird, kein anderes ist als dasjenige, welches in 1 § 11 eod. (S. 91) bei gleichem Anlaß dem heres versagt wird, nämlich das Int. Quod legatorum.

Auf dasselbe Interdikt bezieht sich, vom gleichen Juristen herrührend 17 D 33, 2 (Scaev. 3. resp.): Quidam praedia rei

---

[1]) Vgl. 20 § 3. 29 D 13, 7. 9 § 6 D 19, 2. 15 D 16, 3. 21. 33 § 5 D 41, 3. Windscheid, Pand. II § 378³. — [2]) die, nebenbei gesagt, auch das Int. Quod leg. vorzubereiten vermag: 3 § 5 D 10, 4.

publicae legavit, de quorum reditu quotannis ludos edi voluit, et adiecit: 'quae legata peto, decuriones, et rogo, ne in aliam speciem aut alios usus convertere velitis.' Respublica per quadriennium continuum ludos non edidit: quaero, an reditus, quos quadriennio res publica percepit, heredibus restituere debeat vel compensare in aliam speciem legati ex eodem testamento. Respondit et invitis heredibus possessione adprehensa perceptos fructus restituendos esse et non erogatum secundum defuncti voluntatem in alia quae deberentur compensari.

Einer Stadtgemeinde waren Grundstücke legiert worden[1]) mit der Auflage an den Gemeinderat, die Einkünfte zu jährlichen Spielen und nicht anderweitig zu verwenden. Diese Auflage ist vier Jahre nacheinander unerfüllt geblieben. Das gibt Anlaß zur Anfrage bei Scaevola, ob die von der Gemeinde während jener Zeit bezogenen Einkünfte den Erben zu erstatten, oder auf ein anderes, aus dem gleichen Testament der Gemeinde zu entrichtendes Legat anzurechnen seien. Bei seiner Antwort rechnet der erfahrene Jurist mit zweierlei Möglichkeit: daß die Gemeinde ohne und daß sie mit dem Willen der Erben den Besitz der Grundstücke erlangt hat[2]), und gibt daher zwei verschiedene Entscheide: et fructus restituendos und den weiteren: et non erogatum secundum defuncti voluntatem in alia quae deberentur compensari.[3])

---

[1]) Wegen der rechtlichen Zulässigkeit von legata an Gemeinden: 32 § 2. 41 § 5. 73 § 1. 117. 122 p D 30. 97 D 35, 1. Ulp. 24, 28. Mitteis, Röm. Privatr. I 377[4]. 377/78. — [2]) 'invitis heredibus' unterfällt dem 'non voluntate': S. 91[2]. — [3]) Samter in dieser Zeitschr. 27, 185 f., wie mancher vor ihm, erklärt die Stelle so, als ob Scaev. respondiert hätte: invitis heredibus possessione adprehensa et perceptos fructus restituendos et non erogatum . . . compensari, während doch 'invitis heredibus possessione adprehensa' sichtlich nicht Voraussetzung des zweiten Gliedes des Responsums ist. — Der Respondent akkommodiert sich auch nicht einfach der auf die Rechtsfolgen gerichteten quaestio, sondern zieht selbständig eine Konstellation des Tatbestandes in Betracht, die ihm vielleicht gar nicht vorgetragen worden ist. Daß er seine zwei Bescheide mit et et verbindet, soll nur heißen, daß beide auf die quaestio erteilt werden können, nicht auch daß sie zusammen anwendbar seien. Dies war schon die Meinung der Glosse. Die gegenteilige, welche die Rechtsfolgen, nämlich Restitution und Kompensation

Da die vom Erblasser mit dem Legat verknüpfte Auflage bisher nicht erfüllt und sicherlich keine Kaution für die Erfüllung vom Legatar gestellt worden war, so überlegt Scaevola, daß es hier einen mittelbaren Erfüllungszwang gibt. „Es verweigert der Prätor die Legatenklage, sei es direkt, sei es im Wege der exc. doli, wenn nicht für Beobachtung der Auflage Kaution geleistet wird.“[1]) Hat sich aber der Legatar eigenmächtig in den Besitz der ihm (nach dem Erbschaftsantritt gehörigen) vermachten Sache gesetzt, so sind zur Erlangung der Kaution weder denegatio actionis noch exc. doli noch (mangels der solutio) condictio plus debito soluti anwendbar. Wohl aber ist gerade dann dem Erben durch das Int. Quod leg. zu helfen, das ihm den Besitz der Sache und damit die Möglichkeit verschafft, durch exc. doli gegen die Legatsklage die Kautionsleistung des Legatars zu erzwingen.[2])

Unter Voraussetzung dieser Tatsachen wird von Scaev. auf das Int. Quod leg. hingewiesen.[3]) Mit demselben restitu-

---

kumuliert, beachtet nicht, daß die Restitution unter Voraussetzung eigenmächtiger Besitznahme, die Kompensation ohne diese Voraussetzung gegeben wird. — Alternative Entscheidung (mit ‘ac’ verbunden) bei Scaev. auch in 26 p D 35, 2 (S. 93), nur daß dort die Wahl bloß vom Belieben (‘si malit’), hier aber noch von der Gestalt des Tatbestandes abhängt.

[1]) Mitteis a. a. O. S. 197, mit Belegen in N. 7. — [2]) Das ist eine fernere Funktion unseres Interdikts, außer der auf die lex Falc. bezüglichen (S. 91f., 93f.). — [3]) Dies Interdikt wird erkannt von Windscheid, Voraussetzung S. 75[2], dagegen abgelehnt von Erxleben, Condictiones II 281, weil es sich hier „nicht um eine einstweilige Zurückstellung des Besitzes handelt, damit der Erbe die Regulierung des Nachlasses selbst in der Hand behalte, sondern um eine definitive Herausgabe des Vermachten“, was, wie wir sahen, nicht zutrifft; abgelehnt auch von Schirmer in Arch. f. civ. Pr. 84, 146 aus demselben Grunde wie bei 26 p D 35, 2 (oben S. 94), aber mit Zweifel, und weil es fraglich, ob das Interd. die vor seinem Erlaß gezogenen Früchte befasse (s. folg. N.). Samter a. a. O. operiert mit einer Verquickung von Int. Quod leg. und Decr. D. Marci, indem er nach letzterem „Verwirkung des gewaltsam Besessenen, d. i. der Früchte“ eintreten läßt. Allein verwirkt wird nach dem Decr. das dem Schuldner Weggenommene, die Früchte sind den Erben nicht weggenommen worden. Das Decr. bezieht sich ferner auf rem ullam d e b i t o r i s vel pecuniam debitam, während in unserem Fall die besetzten praedia dem L e g a t a r gehört haben. Das Decr.

torischen Rechtsmittel kann sich der Erbe die vom Legatar aus den besetzten Grundstücken gezogenen Einkünfte verschaffen: perceptos fructus restituendos esse.[1]) Da es für den Erben wirtschaftlich nichts verschlägt, ob ihm diese Einkünfte erstattet, oder auf anderes von ihm dem Legatar Geschuldetes angerechnet werden[2]), so ist es wahrscheinlich, daß Scaevola die zwei Entscheidungen, deren erste nur invitis heredibus possessione adprehensa Platz greift, darum nebeneinander gestellt habe, um auch noch auf ein Mittel zu verweisen, welches künftiger Mißachtung der Auflage vorbeugt: das Interdikt bahnt den Weg zur Kaution des Legatars. So konnte er als umsichtiger Respondent verfahren, selbst wenn oder gerade weil die Fragesteller diese Komplikation nicht erwähnt hatten.[3])

11 D 36, 3 (Gai. 13. ad. ed. prov.)[4]): Si legatariis, qui adversus me in possessionem legatorum servandorum causa missi sunt, procurator vel quis alius meo nomine caverit, perinde mihi praetor accommodat interdictum, quo iubeantur discedere legatarii possessione, ac si ego cavissem.

40 D 46, 3 (Marcian. 3. inst.): Si pro me quis solverit creditori meo, licet ignorante me, adquiritur mihi actio

---

scheidet daher aus. Auch ist es überflüssig, da das Interd. hinreicht: vgl. 1 § 2 D h. t. 'sibi ipsum ius dicere' und 7 D 48, 7 'eumque (nach Mommsen 'ipseque') sibi ius in eam rem dixisse'. Brinz, Pand. I² 262: die Interdikte als gegen den Friedensbruch durch Selbsthülfe gerichtet.

[1]) Hiernach hat Scaev. das Quod leg. zu denjenigen Interdikten gezählt, bei welchen gegen die Regel auch die vor seiner Erlassung gezogenen Früchte zu erstatten sind. Samter a. a. O. S. 186². Schmidt, Interdiktenverfahren S. 40—46 läßt mehrere Ausnahmen zu, Ubbelohde bei Glück II 241—59 nur das Int. Unde vi. Des Interdikts Quod leg. wird von beiden nicht gedacht. Scaevolas Entscheidung könnte davon beeinflußt worden sein, daß dem Legatar die Früchte wegen des Modus nicht gebührten. Das 'restituas' der Interdikte unterlag der Interpretatio, vgl. 22. 246 § 1 D 50, 16. — [2]) Compensare in aliquid z. B. 23 § 1 D 12, 6, ferner Vocabular. Iurisprud. I 844. — [3]) Man ist daher nicht gezwungen, mit Mommsen anzunehmen, daß hinter 'res publica' die Worte 'invitis heredibus praedia possedit' ausgefallen seien. Auch braucht nach obiger Erklärung unsere Stelle nicht mit Samter a. a. O. S. 202² für ein Erzeugnis der eigenen Kognition statt für ein eigentliches Responsum des Scaev. gehalten zu werden. — [4]) Nach Lenel, Paling. I, 229 sollte 18. statt 13. stehen.

pigneraticia. Item si quis solverit legata, debent discedere legatarii de possessione: alioquin nascitur heredi interdictum, ut eos deicere possit.

In diesen zwei Stellen wird eine realisierte missio in possessionem legatorum servandorum causa vorausgesetzt.[1]) Sie soll den Erben zu der cautio legatorum servandorum causa nötigen, welche in der Regel zur Sicherung einer Legatsforderung bestimmt ist.[2]) Anders als in den zuerst behandelten Stellen (1 § 11. 26 p D 35, 2. 17 D 33, 2), welche von Vindikationslegaten handeln, hat man es daher in den vorliegenden mit Legaten zu tun, die ein Forderungsrecht des Vermächtnisnehmers begründen.[3]) Das durch die Befolgung der missio in possessionem entstandene pignus praetorium, ein Besitzpfand, wird gegenstandslos, sobald dem Legatar entweder wie in 11 cit. die schuldige Kaution, oder wie in 40 cit. das Vermachte selbst geleistet wird. Denn dort wird damit der Zweck der Einweisung erreicht, hier seine Verfolgung überflüssig (cf. 18 § 6 D 10, 2. 6 § 1 D 36, 4. 2 p i. f. D 41, 5). Für diese Wirkung ist es gleichgültig, ob die Sicherstellung resp. Zahlung vom Erben selbst oder an seiner Statt von einem Dritten vorgenommen wird; dies sagt von der Kaution ausdrücklich und ausführlich 11 cit., und von der Zahlung sagt es 40 cit. durch den Zusammenhang ihres hierher gehörigen zweiten Satzes mit dem vorausgehenden, sowie durch die Unterscheidung von quis (solverit) und heredi (nascitur).

Ist auf die eine oder andere Art die Besitzeinweisung gegenstandslos geworden, so haben sich die Legatare zurück-

---

[1]) In 11 cit. ist diese Voraussetzung ausgesprochen, in 40 cit. nicht; allein sie ist nach der oben folgenden Erörterung einleuchtend. Überdies ist der Fall, daß Legatare in der Mehrzahl eigenmächtig vorgehen, weniger wahrscheinlich; der Jurist wird daher den näherliegenden Fall angenommen haben. — [2]) Gai. III 125: satis accipere . . . eius quod ex testamento tibi debeatur. 1 p D 36, 3: quibus testator dari fierive voluit. 2 p i. f. D 41, 5. Keller, Institutionen S. 333: „welche Vorschrift zunächst bloß für das Damnationslegat bestimmt gewesen zu sein scheint." Brinz, Pand. III § 428[1]. Lenel, Edictum[2] S. 514 und wegen Änderung der Kautionsformel für das leg. per vindicationem S. 515[10]. — [3]) Dafür spricht in 40 cit. auch noch die Wendung 'solverit legata', zumal nach 'solverit creditori'.

zuziehen: debent discedere legatarii de possessione, wie 40 cit. sagt und 11 cit. dadurch ausdrückt, daß sie dem Erben ein Rechtsmittel gewährt, quo iubeantur discedere legatarii possessione. Indem die Legatare den Besitz aufgeben, restituieren sie die Sachen dem Erben. Wenn sie dies nicht tun, so bedarf der Erbe einer Klage, um sie zu entsetzen und sich den Besitz zu verschaffen, insoweit er ihm vorenthalten wird. Diese Klage wird in unseren zwei Stellen als interdictum bezeichnet. Da der von 11 cit. angegebene, vorhin erwähnte Inhalt des Interdiktsbefehls mit dem übereinstimmt, was 40 cit. den Legataren vorschreibt (discedere), und ferner der hier genannte Zweck oder Erfolg des Interdikts: ut eos (sc. legatarios) deicere possit zusammenfällt mit dem Abzugsgebot der l. 11 cit.[1]), so ist kaum zu bezweifeln, daß Gaius und Marcian das nämliche Interdikt im Sinne haben. Und daher sicherlich ein im Edikt proponiertes, nicht erst für die gegebenen Fälle erfundenes. Andernfalls hätte Marcian nicht so entschieden erklären können, die Legatare müßten abziehen, alioquin nascitur heredi interdictum, ut etc. Und wenn Gaius ausspricht: perinde mihi praetor accommodat interdictum (das Interdikt), quo iubeantur discedere legatarii possessione, ac si ego cavissem, so meint er mit accommodare (wie in seinen Institutionen IV 144 cf. 145. 146: proponitur) die Erteilung eines ediktalen, nicht die Schöpfung eines neuen Interdikts. Er würde nicht sagen, daß dem Erben, für welchen ein Dritter kaviert hat, das Interdikt ebenso zukomme, wie wenn er selbst kaviert hätte, wenn ihm nicht ein dem Erben zustehendes Interdikt gegenwärtig gewesen wäre.[2])

Und welches ediktale Interdikt hatten Gaius und Marcian im Auge? Ohne Zweifel das Int. Quod legatorum. Seine entscheidende Voraussetzung, daß die Legatare legatshalber

---

[1]) Auch in 5 § 2. § 3 D 42, 4 wird durch ein Abzugsgebot (de possessione decedere iubebo) die Möglichkeit der Dejektion mittels Interdikts gewährt (deici poterit interdicto reddito). — [2]) Einer Akkommodation im Sinne von Anpassung würde es übrigens, wenn überhaupt, eher im Fall des Marcian als in dem des Gaius bedurft haben. Denn Zahlung des Legats, wenn wegen Kautionsweigerung missio erteilt war, ging über die Erwartung des Prätors.



Erbschaftssachen ohne den Willen des Erben besetzt halten, ist erfüllt.[1]) Zwar hatten sie den Besitz nicht eigenmächtig erlangt und ein 'sibi ipsos ius dicere occupatis legatis' lag nicht vor, da sie eine Mission hatten; aber nach deren Wegfall war ihr Vermächtnisbesitz so wenig gerechtfertigt, wie wenn des Prätors Vollmacht von vornherein gefehlt hätte. Schon Ulpian hat jenes Bedenken wie ein anderes, dem Unterschied von Besitz und Detention entlehntes nicht schwerwiegend gefunden und letzteres ausdrücklich behoben (S. 110): 1 § 9 D. h. t.

Gewährt so Ulpian das Int. Quod leg. dem Erben gegen die Legatare, welche nach Empfang der Kaution, um so mehr der Zahlung, nicht weichen wollen, so bestätigt er damit, was sich aus 11 D 36, 3 und 40 D 46, 3 citt. ergab, daß hier Gai. und Marcian den Erben auf unser Interdikt verweisen. Und auf welches andere ediktale Interdikt sollten sie denn gezielt haben? Die Glosse zu 40 cit. stellt neben dem restitutorischen Int. Quod leg. das prohibitorische Int. Uti possidetis zur Wahl. Aber — um von anderen Einwänden zu schweigen[2]) — es läßt sich nicht sagen, daß die widerspenstigen Legatare die Grundstücke vi, clam oder precario gegenüber dem Erben besitzen, daher würde dieser mit dem Int. Uti possidetis nicht durchdringen. Keller, Institutionen S. 338 läßt in unseren Stellen die Legatare nicht wie in 1 § 9 D h. t. durch das Int. Quod leg., sondern „durch das entsprechende Interdikt wieder ausgewiesen" werden, womit er sich auf das

---

[1]) Wenn Ubbelohde bei Glück II, 43. III, 164 dies verneint und nach dem Kautionsanerbieten des Erben den missus nicht mehr legatorum nomine, sondern pro possessore besitzen läßt, so ist solche Annahme weder durch 13 § 12 D 5, 3 noch anderweitig zu begründen. Übereinstimmend Longo in Bull. dell' istituto di dir. romano 14, 189[1]). Und wenn es gar ihm vermachte Sachen sind, die neben anderen der missus bisher legatorum nomine besetzt hielt, warum soll solcher Besitz dadurch aufhören, daß mit der Kautionsofferte die auctoritas praetoris wegfällt? zumal sie doch legatorum nomine besessen wären, wenn es von vornherein bei der Okkupation an jener auctoritas gefehlt hätte (1 § 2 D h. t.). — [2]) Schmidt, Interdiktenverfahren S. 29, der jedoch, wie nach ihm Pfersche, Die Interdikte S. 148[4] das Interdikt in 11 und 40 citt. ohne triftigen Grund für prohibitorisch gefaßt, somit nicht für das Quod leg. hält.

den Missus schützende Interdikt bezieht (Lenel, Edictum § 230). Indessen ist von einem diesem „entsprechenden Interdikt“ nichts bekannt, und daß Ulpian in 1 § 9 cit. sich die Anwendbarkeit des Int. Quod leg. überlegt[1]), spricht nicht dagegen, daß Gaius und Marcian, soviel wir sehen, unbedenklich zu diesem Interdikt gegriffen haben. — Nach Ubbelohde S. 164. 165 sollen Gai. und Marcian entweder den legatorum nomine-Besitz des sichergestellten Missus verneint haben und darum „durch ein für den Einzelfall gebildetes Interdikt, vermutlich ein prohibitorisches“, haben helfen wollen — ein Ausweg, der wie gezeigt (S. 101/2), aller Anhaltspunkte entbehrt. Oder sie sollen zwar die Passivlegitimation des Missus für das Int. Quod leg. als hinreichend betrachtet, dies Interdikt aber darum versagt haben, weil sie in den gegebenen Fällen einen heres vor Augen hatten, dem die zum Interdikt erforderliche bonorum possessio fehlte. Indessen wird doch durch keine der zwei Stellen das Int. Quod leg. ausgeschlossen. Und wenn Gaius dieses Mittel wegen des Mangels an bon. possessio versagen wollte, dann hätte er mindestens den heres erwähnen müssen, während er den Erben nur als Ich (me, meo nomine, mihi, ego) auftreten läßt und damit der Meinung Raum gibt, daß es für seine Entscheidung auf jenen Unterschied unter den Erben nicht ankomme. Daß sich nach alledem auf kein anderes Interdikt auch nur mit einiger Wahrscheinlichkeit hinweisen läßt, diese Tatsache bekräftigt per exclusionem das Ergebnis, daß in 11 D 36, 3 und 40 D 46, 3 unser Int. Quod legatorum gemeint ist.

Nach Zusammenstellung seiner Quellen sind nunmehr Passiv- und Aktivlegitimation des Interdiktes zu bestimmen.

II. Passivlegitimation.

Das Interdictum Quod legatorum richtet sich ursprünglich nur gegen den wirklichen oder fingierten Legatsbesitzer, der dies ohne den Willen des Erben geworden ist. In der Folge ist nicht bloß der Begriff des Legatsbesitzers ausgedehnt, sondern auch die Passivlegitimation auf einige

[1]) welches Keller nach 1 § 9 gleichfalls für anwendbar erklärt.

außerhalb jenes Begriffes stehende Personen erstreckt worden.

Den Legatsbesitz bezeichnen die Römer hier als legati oder legatorum nomine possidere (Vat. § 90. 1 § 2 D 43, 3) oder auch pro legato possidere (1 § 4 eod.)[1]) Anfänglich wird dies nur vom Besitz der vermachten Sache durch den Legatar verstanden. Von legati nomine possidere konnte somit ursprünglich nur beim Vermächtnis einer Sachleistung, nicht eines facere, ja nur beim Vermächtnis einer res corporalis die Rede sein. Überdies ist zu vermuten, daß das Int. Quod leg. blos für solche Legate bestimmt gewesen sei, bei denen der nicht einwilligende Erbe auf das Int. Quod leg. angewiesen ist.

Ist nämlich eine Sache per damnationem oder sinendi modo legiert und wird sie vom Legatar ohne Willen des belasteten Erben in Besitz genommen, so ist der Erbe ipso jure imstande die rei vindicatio zu gebrauchen, mag die Sache dem Erblasser oder schon vor dem Erbgange dem Erben gehört haben, also daß dieser ein Int. Quod leg. nicht nötig hat.[2]) Und gehört die Sache einem Dritten, so mag dieser sich mit dem Legatar auseinandersetzen, der Erbe hat keine Veranlassung gegen den Legatar zu klagen. — Ist die Sache per praeceptionem einem Erben vermacht, und dieser verschafft sich ohne den Willen seines Miterben den Besitz des Ganzen, so hat der Miterbe das familiae erciscundae iudicium oder eine Vindikation, braucht also ebenfalls kein Int. Quod leg. Nach prokulianischer Lehre kann zwar wie ein Erbe auch ein Extraneus Präzeptionslegatar

[1]) Legati oder legatorum nomine und pro legato werden bei possidere und usucapere unterschiedslos gebraucht. Vgl. 1. 2. 4. 5. 7. 9 D 41, 8. Insbesondere 1 cit. (Ulp. 6. disput.): 'Legatorum nomine is videtur possidere cui legatum est: pro legato enim possessio et usucapio nulli alii, quam cui legatum est, competit' scheint einer Erörterung unseres Interdikts entlehnt zu sein: Lenel, Paling. Ulp. 119. Longo, Bull. dell'Istituto di dir. Rom. 14, 180. Aber der Legatsbesitz als Voraussetzung der usucapio pro legato ist enger wie der Legatsbesitz als Voraussetzung des Int. Quod. leg.: unten S. 107. — [2]) Gai. II, 204. 213: Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis . . . ita et in sinendi modo legato iuris est.

sein (Gai. II 221). Aber es würde gegenüber einem solchen nur dann unseres Interdiktes bedürfen, wenn eine dem Erblasser quiritisch eigene Sache vermacht wäre, indem dann das Vermächtnis einem legatum per vindicationem gleichkäme. Da bei diesem der Legatar mit dem Vermächtnis das Eigentum an der vermachten Sache erwirbt, so kann der Erbe die in den Besitz des Legatars gelangte Sache nicht vindizieren (vgl. S. 92. 93), ist daher auf das Int. Quod leg. angewiesen — einerlei ob dies Legat ohne oder nicht ohne Annahmeerklärung erworben wird (Gai. II 195. 200 i. f.), da jedenfalls der Besitzerwerb des Legatars eine Annahmeerklärung bildet. Ist nun, wie gezeigt, bloß bei Vindikationslegaten der Erbe auf unser Interdikt angewiesen, so wird zuvörderst im Interesse des per vindicationem Onerierten das Interdikt proponiert worden sein. Und diese Vermutung findet in der Tatsache eine Stütze, daß nur beim Vindikationslegat der Legatar am Erwerb des Erbschaftsbesitzes durch den Erben interessiert ist. Denn während bei obligatorischen Legaten der Bedachte die Forderungsklage adita hereditate ohne Rücksicht auf den Besitz des Erben erheben kann [1]), bedarf der Vindikationslegatar dieses Besitzes, weil sonst für ihn der Erbe nicht belangbar ist.[2]) Wird folglich dieser Legatar dadurch hingehalten, daß der Erbe den Besitzerwerb verzögert, so veranlaßt dies den Legatar sich selbst zu helfen und die per vindicationem vermachte Sache zu okkupieren. Daher wieder das durch das Interd. Quod legatorum zu stillende Hülfsbedürfnis des Erben gerade beim Vindikationslegat.[3])

---

[1]) Das darf auch vom legatum sinendi modo relictum gesagt werden, mag gleich dessen Vollzug durch den Besitz des Erben bedingt sein. Hölder, Zur Gesch. d. röm. Erbrechts S. 78. 79. — [2]) Vgl. Lenel, Edictum[2] S. 515[10]. — [3]) Gai. Ep. II, 5, 1: Quod (sc. legatum per vind.) post mortem testatoris statim legatarius, non expectato herede, sibi praesumit. Quam si praesumpserit, nec pro praesumpto legato ab herede potest calumniam sustinere. Diese Stelle wird nach Schulting, Iurispr. vetus antej. ad h. l. von Faber und Oisel dahin gedeutet, daß gerade bei leg. per vind. dem Erben das Int. Quod leg. versagt gewesen sei. Dies bestreitet Schulting z. d. St. und zu Ulp. 24, 2, indem er die Äußerung der Epitome dem Gaius abspricht und für Zusatz des Epitomators erklärt. Ferner soll sie nur von der Regel und vom jus

. War hiernach unser Interdikt bloß für das leg. per vind. und für einen Fall des leg. per praec. (nach prokulianischer Lehre) vonnöten, so ist hieraus noch nicht zu schließen, daß es von seinem Proponenten nur für diese Fälle formuliert oder daß es nur in diesen Fällen erteilt worden sei. Solcher Annahme steht entgegen, daß die Quellen die Passivlegitimation unterschiedslos mit 'legati oder legatorum nomine oder pro legato possidere' bezeichnen. Und wenngleich der Erbe in vielen Fällen des Interdikts nicht bedurfte, weil er sich der rei vindicatio bedienen konnte, so mochte doch das Interdikt solchenfalls hinsichtlich des Beweises einen nicht geringen einleuchtenden Vorzug vor der rei vindicatio gewähren; und überdies konnte beim Interdikt nicht wie gegenüber der rei vindicatio eine exceptio doli des Legatars in Frage kommen.[1]) Spielt sonach für den Legatsbesitz als Erfordernis des Interdikts der Unterschied der genera legatorum keine Rolle, so ist immerhin bemerkenswert, daß Ulpian in 1 § 6 D. h. t. die Zuständigkeit des Interdiktes für das legatum per praeceptionem eigens ausspricht: Qui vero ex causa praeceptionis (sc. possidet) utique tenetur hoc interdicto, sed pro ea scilicet parte, quam iure legati habet, non etiam pro ea, quam quasi heres habet. Und wenn er fortfährt: Idemque erit dicendum et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit, so bestätigt diese vom Prälegat geltende Bemerkung die obige Annahme von der Gleichgültigkeit der genera legatorum für die Anwendbarkeit unsers Interdiktes.

Der Legatsbesitz, den das Interdikt voraussetzte und aufheben sollte, war sicherlich als Besitz aus gültigem Legat gemeint, zumal ja nur bei Eigentumserwerb des Legatars das Interdikt ein sonst nicht erfüllbares Bedürfnis befriedigt. Gleichwohl ist anzunehmen, daß man das Interdikt auch bei Ungültigkeit des Legats zuließ[2]), wenn nur der Besitzer von

civile gelten (womit wohl calumnia auf rei vindicatio bezogen wird), nicht von der durch den Prätor eingeführten Restriktion. Auch dann bleibt die Äußerung der Ep. wunderlich.

[1]) Vgl. Ubbelohde S. 141. — [2]) Nicht bloß bei jure civili ungültigen und senatus consulto Neroniano konvaleszierten, sondern auch bei unheilbar ungültigen Legaten, wenn etwa einem peregrinus ohne

seinem Legatstitel überzeugt war.[1]) Denn es ist kein Grund ersichtlich, den Erben gegen den falschen Legatar schlechter zu stellen als gegen den wahren. — In 32 § 1 D 31, wo der Legatar pendente condicione legati, also vor dem Legatserwerb, ohne Zutun des Erben in den Besitz der vermachten Sache gelangt, wird dem Erben vindicatio gegeben.[2]) Allein damit ist nicht gesagt, daß der gutgläubige Besitzer nicht auch mit dem Interdikt belangbar sei, daß, weil das Legat noch nicht perfekt, er nicht legati nomine besitze und deswegen das Interdikt nicht gewährt werde.[3]) — Ob der hier für das Interdikt angenommene Umfang des legati nomine possidere, der das ungültige Legat einschließt, mit dem legati nomine possidere als Voraussetzung der usucapio pro legato übereinstimmt, ist nicht von Belang (vgl. S. 104 N. 1), zumal die römische Jurisprudenz gegenüber dem Putativtitel pro legato bei der usucapio geschwankt hat: 9 D 41, 8.[4])

Unser Interdikt trifft wie den wirklichen so den fingierten Legatsbesitzer d. i. denjenigen, der statt den Besitz dem Erben herauszugeben, sich arglistig des Besitzes wieder entäußert hat. Dieser Umfang der Passivlegitimation ist ersichtlich aus 1 § 7 h. t. und Vat. § 90. Will an letzterer Stelle ihr Verfasser das Interdikt so konzipiert haben: quodque dolo malo fecisti quominus possideres, so soll nach 1 § 7 cit. der Prätor gesagt haben: aut dolo desiit possidere.[5]) In den Quellen wird der vorliegende Fall von ficta

---

testamenti factio, oder wenn ante heredis institutionem, oder post mortem heredis, oder poenae nomine, oder einer incerta persona, oder einem postumus alienus legiert worden war. Gai. II 218 i. f. 229. 232. 235. 238. 240. — Unterholzner, Schuldverhältnisse II 132: „Natürlich kömmt es nicht darauf an, ob das Vermächtnis zu Rechte besteht, oder nicht."

[1]) Vgl. 13 § 1 D 5, 3: Et si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti, utique pro possessore possidebo. Cf. 1 § 4 D 43, 3. — [2]) Modest. 9 regul.: Fundum ante condicionem completam ab herede non traditum, sed a legatario detentum heres vindicare cum fructibus poterit. — [3]) Die Glosse zu ante condicionem completam: 'Sed postea poterit heres petere per interdictum Quorum legatorum', meint wohl für 'antea' das Gegenteil, allein dies läßt sich nicht begründen. — [4]) S. auch Fitting in Arch. für civ. Pr. 52, 26—30. Klein, Sachbesitz und Ersitzung S. 346 f. Hofmokl, Ersitzungstitel S. 127 f. — [5]) Im Interdikt mußte freilich die zweite Person, zur Bezeichnung des angeredeten Beklagten stehen.

possessio (der dolose Nichtbesitz) auf die eine oder die andere Art, nämlich bald als dolo desinere possidere (auch dolo facere, ut desineret possidere oder habere)[1]), bald als dolo facere, quominus possideret oder haberet bezeichnet.[2]) Die letztere Fassung ist weiter, sie begreift auch den dolosen Nichterwerb des Besitzes.[3]) Da jedoch solcher Nichterwerb hier nicht in Frage kommt, die Fassung mit 'desinere' nach 1 § 7 cit. ediktal ist, auch dem unserm Interdikt benachbarten Int. Quorum bonorum zukommt[4]) und nach 68 § 1 D 17, 2 cit. gerade in Interdikten vorkommt, so ist sie vorzuziehen.[5]) — Es gibt keinen Grund für die Annahme, daß im Interdikt der fingierte dem wirklichen Legatsbesitz nicht von vornherein gleichgestellt war, man kann daher hier nicht sagen, daß der Begriff des Legatsbesitzers ausgedehnt worden sei.

Eine eigentliche Ausdehnung bildet erst die Anwendung des Interdiktes auf die sog. quasi possessio, d. h. zunächst auf die Fälle, da bei Vermächtnis einer Personalservitut der Legatar durch Besetzung der dienenden Sache sich den Quasibesitz des Vermachten verschafft hat. Hiervon handelt Vat. 90 mit Bezug auf den Ususfructus an einem Grundstück: Si usufructu legato legatarius fundum nanctus sit, (non) competit interdictum adversus eum, quia non possidet, sed potius fruitur.[6])

[1]) z. B. 27 § 3 D 6, 1. 68 § 1 D 17, 2. 1 p D 43, 2. 2 C 8, 2. 1 § 7 D 43, 3. 131 D 50, 17. Vgl. 1 § 36 D 43, 16. 2 p D 43, 26. 1 p D 43, 5. — [2]) z. B. Vat. 90. 20 § 6c D 5, 3. 1 § 32 D 16, 3. 9 p D 10, 4. 16 § 3 D 20, 1. 2 § 42 D 43, 8. 1 § 13 D 43, 13. 150. 157 § 1 D 50, 17. Vgl. auch 3 § 6 D 43, 5. 1 p D 43, 30. 2 D 43, 16. — [3]) 1 §§ 10—12. 4 § 3 D 29, 4. § 12 cit.: Sane quaestionis fuit, utrum is demum dolo malo facere videatur quominus possideat, qui per dolum eam possessionem dimittat, quam aliquando habuit, an vero is quoque, qui hoc ipsum malitiose fecit, ne ab initio possidere inciperet. Ferner 68 § 1 D 17, 2 cit., wonach das 'occasione adquirendi non uti' durch die Fassung 'dolo facere, ut desineres possidere' ausgeschlossen wird. — [4]) Irrtümlich erklärt Ubbelohde S. 161[84] die Fassung des Interdikts Quor. bon. für übereinstimmend mit Vat. § 90. — [5]) Danach dürfte unser Interdikt gelautet haben: Quod de bonis L. Titi legatorum nomine ... possides quodve dolo malo fecisti, ut desineres possidere. Jedoch Lenel a. a. O. S. 437[8] erklärt das Zitat in 1 § 7 h. t. als offenbar ungenau, was nur für dessen Fassung zutrifft, und übernimmt seinerseits aus Vat. 90: quodque dolo malo fecisti, quominus possideres. — [6]) Statt 'non' vor 'competit' will Savigny, Besitz[7] S. 476[3] 'utile' nach 'competit' einschieben.

Zunächst erinnert der anonyme Autor der Stelle daran, daß für Fälle, wo ein Usufruktuar um seinen Quasibesitz zu streiten hat, sei es retinendae, sei es recuperandae causa, ihm mit einem im Edikt proponierten utile interdictum Uti possidetis resp. Unde vi geholfen wird: quia non possidet.[1]) Zwar ist dort die Überwindung der Schwierigkeit der generell gewährten Hilfe des Prätors zu verdanken. Allein der Verfasser von Vat. 90 will das gleiche beim Int. Quod leg. auftauchende Hindernis[2]) aus eigenen Mitteln, nämlich dadurch überwinden, daß er die Konzeption eines utile interdictum vorschlägt. Und diese besteht einfach darin, daß dem ediktalen 'possides' ein 'quod uteris frueris' und ebenso dem fingierenden 'possideres' ein 'utereris fruereris' zur Seite gestellt wird.

Noch kürzer findet sich nach der Überlieferung Ulpian in 1 § 8 D h. t. mit der Schwierigkeit ab. „Nach der Überlieferung": denn hier könnte ein umständlicherer Text von den Kompilatoren zusammengezogen worden sein. Da sie namentlich die Unterscheidung von directa und utilis actio 'in extraordinariis iudiciis' für ein 'suptilitas supervacua' erklärten[3]), so könnten sie die Erwähnung eines utile interdictum gestrichen haben. Nach dem Pandektentext hat Ulpian gegenüber den gleichen Fällen den gleichen Zweifel[4]) wie der Verfasser von Vat. 90: Movet, quod neque usus fructus neque usus possidetur, sed magis tenetur. Und doch verweist er nicht auf eine passende Änderung des Interdiktes, sondern sagt kurz, obwohl zurückhaltend: potest tamen defendi competere interdictum. Vorausgesetzt, daß nicht Ulpian selbst der Verfasser von Vat. 90 ist (S. 144 N. 4), kann

[1]) 4 D 43, 17. 3 §§ 13. 15 D 43, 16. Vat. 91. Schmidt, Interdiktenverfahren S. 14. 15. 21. 22. Degenkolb, Platzrecht und Miete S. 75f. 89f. Lenel, Edictum[2] S. 457. 452. — [2]) Ungleichheit besteht insofern, als beim Int. Quod leg. der Mangel der possessio nur die Passivlegitimation trifft. — [3]) 46 § 1 D 3, 5: Lotmar in Krit. Vierteljschr. f. Gesetzg. 28, 337—40. — [4]) Die geringen Verschiedenheiten in Beschreibung und Beurteilung des Tatbestandes zwischen Vat. 90 und 1 § 8 cit. sind hier ohne Belang. Vat. spricht von usufructus, 1 § 8 von usufr. oder usus. Vat. läßt den fundus, 1 § 8 den ususfr. oder usus besetzt werden (dazu Perozzi in Riv. Ital. per le scienze giur. 23, 38). Vat. urteilt: potius fruitur (sc. legatarius), 1 § 8: magis tenetur (sc. ususfructus und usus).

seine von Vat. 90 abweichende Entscheidung echt sein.[1]) Übrigens liegt Erweiterung der Passivlegitimation in jedem Falle vor, ob sie nun durch Gewährung eines utile interdictum oder durch Ausdehnung des legati nomine possidere auf die Detention des Servitutenbesitzers erfolgt.

Anscheinend nur eine Ausdehnung gleich der vorigen, in Wirklichkeit aber eine weit darüber hinausreichende wurde dadurch bewirkt, daß das Interdikt gegen den missus in poss. legatorum serv. causa gegeben wurde, sobald die Beschlagnahme ihren Zweck erreicht hatte. Zwar erhebt Ulpian in 1 § 9 D. h. t. das Bedenken (S. 102), quod non possidet qui missus est in possessionem legatorum causa, sed potius custodit[2]), und verweist damit auf die blosse Detention, die ja auch beim Nießbrauchslegatar die Passivlegitimation in Frage stellt.[3]) Allein durch dieses Bedenken läßt sich der Jurist nicht abhalten das Interdikt zuzulassen: tutius tamen erit dicendum hoc interdictum competere, maxime si (= scilicet si oder ita demum si[4])) satis datum sit iam legatorum nomine nec recedat.[5]) Und er fügt hinzu, daß der Legatar, welcher nach Empfang der satisdatio legatorum nicht aus

[1]) Nichts zwingt zu der Annahme, daß Ulpian statt 'competere interdictum' geschrieben habe 'competere utile interdictum' (Longo, Bullettino 14, 178) oder 'utile dandum interdictum' (Krüger). Vielmehr ist es nicht Ulpians Art, bei einem so harmlosen Vorschlag wie der Utilisierung eines Interdikts die vorsichtige Wendung 'potest defendi' zu gebrauchen. Man lese nur (nach Vocab. jurispr.) seine 'posse defendi' enthaltenden Stellen; in 52 § 5 D 47, 2 z. B. war sogar die natura rei (16 eod.) zu überwinden. Wohl aber paßt jener Ausdruck, wenn Ulpian das unveränderte Interdikt für anwendbar erklären wollte. Den Schlußsatz von 1 § 8 (Idem dicendum est et in servitute relicta) hält aus guten Gründen Perozzi l. c. p. 43 für justinianisch. — [2]) Vgl. 5 p D 36, 4: nec tam possessio rerum ei quam custodia datur. 3 § 8 D 43, 17. 3 § 23 D 41, 2. 2 p D 41, 5. 9 D 6, 1. — [3]) Daß jedoch „die römischen Juristen darüber verschiedener Ansicht waren“ (Ubbelohde S. 163), ob der missus legatorum nomine im Sinne des Interdikts besitze, geht nicht aus den Quellen hervor. — [4]) Dirksen und Brissonius s. h. v. mit Hinweis auf Ulp. 21 § 1 D 15, 1. 12 § 12 (cf. § 13) D 33, 7 und fr. 1, 18. — [5]) So zu entscheiden, lag Ulpian um so näher, als die Kaution, welche die missio hintanhält oder vernichtet, zugleich das Interdikt zugänglich macht (vgl. 1 §§ 16—18 D h. t.). Hatte der Erbe gezahlt, so wird man ihm das Interdikt auch ohne satisdatio gewährt haben. Vgl. S. 101[2].

dem Besitze weicht, es nicht beim custodire, bei der bloßen Detention bewenden lasse, sondern auch juristisch besitze, wodurch jenes Bedenken beseitigt wird: tunc enim etiam possidere videtur[1]). Bei der Betrachtung von 11 D 36, 3 (Gai.) und 40 D 46, 3 (Marcian.) hat sich gezeigt (S. 99 fg.), daß noch andere Juristen das Int. Quod leg. gegen den missus in poss. leg. serv. causa zugelassen haben, wenn dieser nach Empfang der Kaution oder der Zahlung nicht restituiert und sich so zum juristischen Besitzer aufwirft.

Und mit dieser Zulassung wurde seine Anwendung noch nach zwei Seiten erweitert. Ursprünglich ging das Interdikt gegen den Legatar, der sich vor dem Erben den Besitz verschafft hatte, also daß es für den Erben stets adipiscendae possessionis war; diese Eigenschaft hatte es nach Ulp. 1 § 2 D. h. t. Die missio in poss. leg. serv. causa war aber keineswegs auf Sachen beschränkt, deren Besitz der Erbe noch nicht erlangt hatte. Vielmehr durfte sich der eingewiesene Legatar trotz des Erbenbesitzes und neben dem Erben auf den Nachlaßsachen niederlassen[2]). Kann er aber, wie 11 D 36, 3. 40 D 46, 3. 1 § 9 D 43, 3 allgemein aussprechen,

[1]) Longo l. c. S. 185. 186, dem Krüger folgt, schreibt die Wörter 'maxime' vor 'si satisdatum sit' und 'etiam' vor 'possidere' den Kompilatoren zu, die durch diese Zusätze den Sinn hätten geben wollen, das Interd. greife auch vor Kaution oder Zahlung, somit auch gegen den bloßen Detentor Platz. Wie konnten aber die Kompilatoren glauben, durch jene Zusätze das Interd. auf den missus als bloßen Detentor anwendbar zu machen, da doch das Interdikt satisdatio des Klägers voraussetzt, und nach deren Empfang der missus ebenso für einen possessor gelten mußte, wie wenn er die cautio leg. serv. erhalten hätte. — Und selbst wenn Ulp. mit 'maxime si' nicht (wie im obigen Text angenommen) den einzigen, sondern nur den Hauptfall bezeichnen wollte, können 'maxime' und 'etiam' echt, und brauchte damit nicht auch der Detentor für belangbar erklärt zu sein. Denn für den Fall der solutio gilt das gleiche wie bei satisdatio (40 D 46, 3); und wenn der missus Erbschaftssachen veräußert, handelt er wohl als possessor und ist als einer zu behandeln, qui dolo desiit possidere. Vgl. Brinz, Pand. I² 532: „Der Depositar, Kommodatar, reißt, indem er ohne Wissen und Willen des Besitzers rem (mobilem) tradiert, possessionem an sich und macht den Empfänger zum Besitzer.“ — [2]) 1 § 2. § 19 D 36, 3. 13 eod. 5 p D 36, 4: simul cum eo (sc. herede) possidere iubetur (sc. missus). 2 p D 41, 5.



nach Empfang von Kaution oder Zahlung durch das Int. Quod leg. zur Aufgabe des Besitzes, somit zur Restitution gebracht werden, so muß sich dieses auf alle vom Legatar besetzten Nachlaßsachen beziehen, auch auf diejenigen, deren Besitz der Erbe schon vor der missio gehabt hatte. In dieser Anwendung konnte daher das Interdikt nunmehr auch recuperandae possessionis causa angestellt werden. Das ist keine Seltsamkeit, da die Römer Interdikte anerkennen, welche tam reciperandae quam apiscendae possessionis sind.[1])

Sodann beschränkte sich die missio der Legatare nicht auf die im Nachlaß enthaltene vermachte Sache, sondern erstreckte sich auf die ganze dem Belasteten zukommende Erbschaft oder Erbportion.[2]) Bei solchem Umfang der missio war aber für das hier anwendbare Int. Quod leg. ein Legatsbesitz anerkannt, welcher noch andere als vermachte, jedoch der Erbschaft angehörige Sachen zum Gegenstand hatte, und ferner vorliegen konnte ohne daß die vermachte Sache zur Erbschaft gehörte[3]), ja auch dann, wenn nicht eine Sach-, sondern eine andere Leistung vermacht war.

War man aber einmal dahin gelangt, ein 'ex causa legatorum' (5 § 2 D 36, 4) oder 'legatorum nomine possidere' und damit die Passivlegitimation zum Int. Quod leg. anzunehmen, sobald Erbschaftssachen, wenngleich nicht vermachte, von Legats wegen besessen wurden, falls solcher Besitz durch missio in poss. legator. servandor. causa eingeleitet worden war, so konnte dies Letzte nicht ferner als Bedingung gelten. Vielmehr mußte auch der Legatar, der auf eigene Faust legatshalber Erbschaftssachen okkupiert, dem Interdikt aus-

---

[1]) 2 i. f. D. 43, 1. Ulp. inst. IV. Schmidt, Interdiktenverfahren S. 33. 34. Ubbelohde bei Glück I, 183. Vgl. auch Ihering, Grund des Besitzesschutzes[2] S. 129. — [2]) 13 D 36, 4: Quamvis minima res legata sit vel per fideicommissum relicta, tamen, si non solvatur ab herede vel eo nomine caveatur, cum caveri oporteat, in possessionem omnium bonorum, quae ex ea hereditate sunt, legatarium sive fideicommissarium praetor legatorum servandorum causa mittit. 5 § 5—9 eod. — [3]) z. B. eine erst anzuschaffende Spezies oder erst noch zu beschaffende Geldsumme. In 40 D 46, 3 cit. könnte nicht von solvere legata die Rede sein, wenn im Besitz der Legatare das Vermachte schon enthalten wäre, im Besitz überdies, den sie verlassen müssen.

gesetzt sein, ohne Unterschied, ob er gerade das ihm Vermachte in Besitz genommen, also zu seiner Befriedigung, oder ob er andere Erbschaftssachen, also zu seiner Sicherstellung okkupiert hat. Damit ist das Interdikt für Legate jeden Gegenstandes, auch eines facere anwendbar geworden.[1]) Bei solcher Ausdehnung erklärt sich leichter die in 1 § 4 D. h. t. 43, 3 vermerkte Ungewißheit darüber, ob pro legato oder pro herede oder pro possessore besessen wird; denn diese kann sich eher einstellen, wenn irgendeine Erbschaftssache und nicht bloß eine vermachte pro legato besessen werden kann.

Höchst wahrscheinlich war der Ausgangspunkt des Interdikts das legati nomine possidere des Vermachten selbst (vgl. S. 104f.), und diese Anwendung überwiegt in den Quellen.[2]) Aber nachdem auch derjenige Legatar belangbar geworden ist, der andere als ihm vermachte Erbschaftssachen legati nomine besitzt, ist es unvollständig, wie viele Neuere tun, das Int. Quod leg. bloß als eines zu bezeichnen, das die Besitznahme des Vermächtnisses voraussetze und die Rückerstattung vermachter Sachen bezwecke.[3])

Das Interdikt erfordert zu seiner Begründung Legatsbesitz i. w. S., geht gegen den, der legati nomine possidet, immer unter der Voraussetzung, daß er sine voluntate des belasteten Erben besitzt (S. 91[2]). Mit alledem ist jedoch nicht gesagt, wie dieser Besitz erworben sein müsse. Hier sind einseitiger und zweiseitiger Besitzerwerb zu unterscheiden.

Da der Erbe das, was der Legatar legati nomine besitzt, nicht selber besessen hat, daher das Interdikt adipiscendae

---

[1]) Die cautio (folglich auch die missio) legatorum servandorum causa greift nach 1 p D 36, 3 auch bei faciendi legata Platz. — [2]) 1 § 11. 26 p D 35, 2. 17 D 33, 2. 1 § 1 C 8, 3. Vat. 90. 1 §§ 8, 12, 18 D. h. t. 1 § 2 eod. (zuerst quod quis occupavit, dann occupatis legatis). Nicht gesagt findet sich das Vermachtsein der in Besitz genommenen Sache in 1 §§ 4, 9, 13—15 D. h. t. 11 D 36, 3. 40 D 46, 3. — [3]) z. B. Roßhirt, Lehre v. d. Vermächtnissen I, 519. Weiske, Rechtslex. V, 604. Sintenis, Zivilrecht III § 214. Baron, Institutionen § 175 I. Köppen, Lehrb. d. heut. röm. Erbrechts S. 751. Karlowa, R. RG. II, 1022. Cornil, Traité de la poss. p. 318. Girard, Manuel élém. de droit rom.[4] p. 905 (reprendre les choses qu'on prétend léguées). Anders und richtiger z. B. Brinz, oben S. 89. Ubbelohde S. 163. 168.

possessionis ist[1]), so kommt eine Tradition durch den Erben nicht in Frage, und liegt der einseitige Besitzerwerb d. h. die Okkupation am nächsten. Diese wird denn auch in mehreren Stellen genannt[2]), in anderen mit 'adprehendere oder nancisci possessionem' bezeichnet[3]), in einer wahrscheinlich mit 'detinere' gemeint.[4]) Solcher einseitiger Besitzerwerb ist zwar ohne den Willen des Erben gemacht, braucht aber gleichwohl kein eigenmächtiger zu sein. Meistens bildet er freilich Eigenmacht, jedoch dann nicht, wenn ihm die Autorisation des Prätors in Gestalt der missio zuteil ward[5]); wogegen die Autorisation des Erblassers in den Legatsformen 'sumito', 'capito' oder 'praecipito' die Eigenmacht nicht ausschließt.[6])

Aber auch in den gewöhnlichen Fällen, da prätorische Autorisation nicht vorhanden ist und Eigenmacht vorliegt, ist der Legatar doch nicht als praedo zu betrachten, er besitzt pro legato, nicht pro possessore, braucht auf die Frage: cur possides? nicht mit quia possideo (12 D 5, 3), kann vielmehr antworten: quia mihi legatum est. In 5 D 41, 2 (Paul. 63 ad ed., dem auch 2 D. h. t. angehört) ist entschieden, daß der

---

[1]) ausgenommen etwa bei missio in possessionem leg. serv. causa (S. 112), die aber gewiß nicht zu einer Tradition des Erben führt. — [2]) 1 § 2 D h. t.: quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit — non sibi ipsum ius dicere occupatis legatis —. 1 § 8, § 12 eod. — [3]) 17 D 33, 2: invitis heredibus possessione adprehensa. Vat. 90: Si usufructu legato legatarius fundum nanctus sit. Cf. 1 § 11 D 35, 2: Si legatarius possessionem nanctus est — voluntate heredis errantis nactus est possessionem. Vgl. 5 D 41, 2 (S. 115 [1]). 1 § 5 D 21, 3. Gai. II, 51. — [4]) 1 § 1 C 8, 3: legatarius — non consentiente patre tuo — relicta sibi legata vel fideicommissa detinuit. Vgl. 32 § 1 D 31 detentum im Gegensatz zu traditum. Ferner 30 D 13, 7. 1 § 6 D 47, 10. — [5]) 1 § 9 D h. t. 43, 3: praetorem habet huius rei (d. i. des Legatsbesitzes) auctorem. Wenn hingegen ein Legatar kraft der von ihm agnoszierten bonorum possessio Erbschaftssachen besitzt, so besitzt er nicht pro legato, sondern pro herede (11 p i. f. D 5, 3) und ist daher dem Int. Quod leg. entrückt, z. B. ein Emanzipierter, der statt sich mit dem Legat zu begnügen die b. p. contra tab. ergreift, vgl. 3 § 16. 14 p D 37, 4; solchenfalls kann die in 1 § 4 D h. t. erwähnte Ungewißheit entstehen. — [6]) Gai. II, 193. 216. Ulp. 24, 3. 6 und z. B. 35 § 1. 41 § 3. 92 p D 32. 20 D 33, 5. 22 § 3 D 33, 7. 26 D 33, 8. Vgl. Hölder, Z. Gesch. d. röm. Erbrechts S. 81 f.

Gläubiger ex stipulatu, der nicht mit Willen des Schuldners, und der Käufer, der nicht mit Willen des Verkäufers, somit nicht durch Tradition den Besitz der von ihm zu fordernden Sache erlangt hat, als praedo gilt.[1]) Allein solches kann nicht vom Legatar mit Bezug auf die dinglich vermachte Sache gesagt werden, da deren Erwerb nicht Tradition erfordert.[2]) Wahrscheinlich war dieser Unterschied im Fortgang der zitierten Stelle angegeben, da sonst Paulus keinen Anlaß hatte, beim Int. Quod leg. die Stellung desjenigen Stipulators oder Käufers zu behandeln, welcher durch Okkupation in den Besitz der geschuldeten Sache gelangt ist. Ja, wenn man in 1 § 4 D h. t. den pro legato possidens dem pro possessore possidens und damit dem praedo (11 § 1 D 5, 3) entgegengesetzt sieht, so ist sehr zu vermuten, daß Paulus den Stipulator oder Käufer, den er für praedo erklärt, nicht bloß dem Vindikations- sondern jedem Legatar entgegengestellt hat. Er durfte annehmen, daß auch der Erwerb des Damnationslegates sich mit dem Erbschaftserwerbe vollende, hiermit der Legatstitel gegeben sei, also daß pro legato besessen werde, auch wenn der Besitz durch Okkupation erlangt sei.[3]) Vom Käufer aber sagt er 'non pro emtore possides', weil der Kauftitel sich erst mit der Übergabe vollendet.[4])

---

[1]) Si ex stipulatione tibi Stichum debeam et non tradam eum, tu autem nanctus fueris possessionem, praedo es: aeque si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nanctus sis possessionem, non pro emtore possides, sed praedo es. — [2]) Anders Cuiacius zu 5 cit. in Recit. sol. in lib. 63. Pauli ad ed. (Opp. Mutinae V, 781). Auch nach Pfersche, Privatrechtliche Abh. 294 ist „der okkupierende Legatar possessor pro possessore und haftet als solcher mit der Erbschaftsklage und könnte auch mit dem quor. bonor. haften." Dagegen 1 § 4 D h. t., wo sive quis pro herede vel pro possessore sive pro legato possideat unterschieden wird, ein Unterschied, der für die Klagen erheblich ist. Was Pfersche hiernach über die Konkurrenz der zwei Interdikte, über die Pflicht des Klägers, beide zu edieren und das Recht des Beklagten, zwischen beiden zu wählen, sagt, ist nicht haltbar. S. auch Mitteis in Krit. Vierteljschr. 31, 65f. — [3]) Vgl. 8 D 41, 8 (Pap.): Si non traditam possessionem ingrediatur sine vitio legatarius, legatae rei usucapio competit. — [4]) Vom Stipulator wird er wohl parallel 'non pro soluto possides' gesagt haben. Diese Worte und 'sed' wären vor dem ersten 'praedo es' einzuschieben. Dagegen die von Mommsen vor-

Dem Legatar, welcher ihm vermachte Sachen okkupiert und vermöge des Interdikts zurückerstattet hat, bleibt der Legatsanspruch unbenommen[1]), im Gegensatz zu demjenigen Legatar, der Erbschaftssachen gestohlen hat. Jener anerkennt das Legat, sucht es zu realisieren, bemächtigt sich der Sachen als ihm legierter, dieser dagegen okkupiert die Sachen als fremde und schlägt hiermit das Vermächtnis aus. Darum wird dem letzteren sein Legatsanspruch im Maß des Gestohlenen entzogen. So hat sich schon Donellus zur Erklärung von 5 C 6, 37 (Antoninus a. 213) und 50 (48) D 36, 1 (Paul. 14. resp.) ausgesprochen.[2]) —

Ist gleich der einseitige Besitzerwerb das Nächstliegende und in den meisten Stellen Vorliegende, so gibt es doch auch solche, welche dem zweiseitigen Raum lassen; nur kann nicht vom Erben übergeben worden sein, weil dann mit dessen Willen besessen würde, wodurch das Interdikt ausgeschlossen wird (S. 91f., 126/27). Neutral äußern sich (indem sie vom Besitz, nicht von der Form seines Erwerbes sprechen) 1 §§ 10, 13, 15 D. h. t. und 26 p D 35, 2 (S. 93—96). Da im Fall der letzten Stelle die vermachte Perlenkette apud legatarium fuerat mortis tempore und doch ihre Restitution in Frage kommt, also ein legati nomine possidere besteht, so kann der Legatar den Besitz auch durch Übergabe, nämlich von seiten des Erblassers, erhalten haben.[3]) Liegt es doch nicht so fern, daß dieser selber die von ihm vermachte Sache in die Hände dessen lege, dem er sie durch Legat bestimmt

---

geschlagene Streichung der Worte 'tu autem ... praedo es' ist wegen der Entscheidung 'non pro emtore possides' unannehmbar, da diese nicht den stipulator trifft.

[1]) 1 § 2 D. h. t.: redigit (sc. praetor) igitur ad heredes per hoc interdictum ea, quae legatorum nomine possideutur, ut perinde (deinde: Krüger) legatarii possint eum (sc. heredem) convenire. — [2]) Donell. Comment. in Cod. lib. 8 tit. 3 Quod legatorum (Opp. Lucae IX, 911). Ein furtum im Rechtssinn liegt nicht vor: 1 § 15 D 47, 4. — 50 D 36, 1 cit. handelt von Universalfideikommiß und gehört insofern nicht hierher. 5 C 6, 37 cit. wird von Ubbelohde S. 185f. auf legatum partitionis bezogen; es könnte jedoch ein gemeines Singularvermächtnis (von Geldern) gemeint sein. — [3]) Hiernach ist es möglich, daß der Besitz des Legatars wie vor dem Erbschaftsbesitz so schon vor dem Erbschaftserwerb, selbst vor dem Erbfall begonnen habe, wenngleich legati nomine possidere erst nach dem Tode des Erblassers aufkommen kann.

hat, oder umgekehrt den, dem er sie übergeben hatte, durch ein Vindikationslegat mit 'sibi habeto' zu behalten ermächtige.[1]) Von hier wäre nur ein Schritt zur mortis causa donatio. Der mortis causa mit einer Sache Beschenkte ist zwar mit dem Int. Quod leg. nicht zu fassen[2]), aber daß er den Besitz durch Tradition des Schenkers erlangt hat[3]), kann nach dem vorigen nicht den Grund für die Verneinung der Passivlegitimation bilden, wird auch von den Quellen nicht als solcher Grund angeführt (S. 124f.).[4])

Ist nach den zitierten neutralen Stellen die Annahme, daß die Passivlegitimation durch Tradition begründet sein könne, bloß zulässig, so erscheint sie nach einer anderen Stelle (1 § 13 D. h. t.) als unumgänglich. Damit kommen wir zu den Fällen, in denen nicht mehr nur eine Ausdehnung des Legatsbesitzes vorliegt, sondern vielmehr die Passivlegitimation auf außerhalb jenes Begriffes stehende Personen erstreckt worden ist (S. 103/4, vgl. 108).

In 1 § 10 D. h. t. lehrt Ulpian: Legatorum nomine non tantum ipsum possidere dicemus cui legatum est, verum heredem quoque eius ceterosque successores.[5])

---

[1]) Gai. II, 193. Ulp. 24, 3. Daß jedoch bei dieser Legatsform „das Innehaben der Detention des Objekts beim Legatar vorausgesetzt ist" (Voigt, Röm. Rechtsgeschichte I, 519), geht nicht sicher aus 34 § 14 D 30. 29 § 4 D 32. 14 D 33, 8 hervor. — [2]) 1 § 5 D h. t.: Si quis ex mortis causa donatione possideat, utique cessabit interdictum. — [3]) 1 § 5 cit.: etsi corporaliter res in solidum translatae sunt. — [4]) Irrtümlich sagt das Gegenteil Windscheid, Pand. III § 676[22] a. E. — [5]) Die Zusammenstellung von heres oder heredes mit ceteri successores oder bloß ceteri kommt in weiteren einundvierzig Pandektenstellen vor (1 § 19 D 16, 3 nicht eingerechnet; in der Sammlung von Longo l. c. p. 151[2] fehlt 20 § 16 D 39, 1, auch wäre beizufügen 10 D 16, 1). Diese Stellen rühren alle bis auf eine (13 § 4 D. 39, 4: Gaius) von Ulpian her — während ähnliche Wendungen wie heredes eius ceterique qui in locum eius succedunt: 29 D 42, 1, heredibus enim et his, qui successorum loco habentur: 14 § 1 D 44, 3, ceteri honorarii oder praetorii successores: 24 § 1 D 10, 2. 2 § 19 D 41, 4, alius successor, similes oder ceterae personae: 30 § 9 D 40, 5. 57 § 4 D 36, 1. 59 D 44, 7. 1 § 8 D 43, 4. 5 D 4, 7 bei Ulpian wie bei anderen Juristen vorkommen. Die ersterwähnten Stellen, somit auch unsere 1 § 10 cit., erklärt Longo, fast immer mit Nachfolge bei Krüger, alle für interpoliert, ceteri oder ceteri successores soll justinianische Zutat

Das könnte heißen, der Legatsbesitz finde nicht bloß beim Legatar selbst statt, der ihn erlangt hat, sondern auch noch bei seinem Erben und den übrigen Gesamtnachfolgern, die nach ihm auf Grund ihrer Sukzession sich den Besitz verschafft haben. Aber diese Deutung ist viel zu fernliegend, um sich zur Annahme zu empfehlen. Auch würde man damit dem Juristen nachsagen, er habe diesen in § 13 deutlich angegebenen Tatbestand schon hier (in § 10) vorgetragen, sich also selbst wiederholt. Anstandslos und ohne Zusatz konnte der Jurist nicht erklären, 'legatorum nomine possidere' liege auch bei Personen vor, die sich bloß vermöge ihrer Nachfolge in den Besitz von Sachen gesetzt haben, welche ihr Erblasser legatorum nomine besessen hatte. Vielmehr muß Ulpian an solche Nachfolger gedacht haben, die selbst sich den Legatsbesitz verschaffen [1]), nachdem der Legatar, ihr Erblasser, ohne seinerseits den Besitz erlangt zu haben gestorben ist. Sie üben damit das ererbte Legatsrecht aus.[2]) Daß man auch seine Sukzessoren, wenn sie tun, was er hätte tun können — nämlich von Legats wegen Sachen der Erbschaft eines Dritten okkupieren — und was

sein. Indessen läßt sich das, wie von Longo geschehen, nur bei einer kleinen Minderzahl zeigen oder wahrscheinlich machen. Vgl. Mitteis, Röm. Privr. I, 105. Die große Mehrzahl ist unverdächtig, z. B. 7 § 2 D 13, 1. 9 p D 14, 4. 1 § 23 D 27, 3. Es ist daher und mit Rücksicht auf die erwähnten ähnlichen Ausdrücke höchstens anzunehmen, daß die Kompilatoren durch den ulpianischen Gebrauch bewogen und in der Absicht der Kompletierung die fragliche Wendung einigen seiner Stellen hinzugesetzt haben, was dann nicht ohne verräterische Unebenheiten abging. — Die Verbindung der ceteri successores mit heres (nicht wie bei Paul. 12 D 39, 3 mit emtor) stellt außer Zweifel, daß nur Universalsukzessoren gemeint sind. Gleichwohl wird unsere Stelle (1 § 10 D 43, 3) von Ubbelohde I, 407[61] und Longo l. c. p. 161. 194 auch auf Singularsukzession bezogen im Hinblick auf 1 § 13 eod., wobei der (noch anzugebende) Unterschied der zwei Stellen übersehen wird.

[1]) Diese Besitzverschaffung setzt Ulp. als selbstverständlich voraus, wie er ja auch in der gleichen Stelle demjenigen 'cui legatum est' ohne weiteres 'legatorum nomine possidere' nachsagt, obwohl solcher Besitz nicht schon mit dem Legat gegeben ist. — [2]) Dies war wohl schon die Auffassung der Glosse, indem sie zu 'eius' bemerkt: scil. legatarii, ad quem (nämlich dessen Erben) legatum transmittitur, si purum est, vel purificatum. Vgl. auch 1 § 3 D 36, 3.



ihn belangbar gemacht hätte, für legati nomine possidentes erklärte, ist nicht auffallend und daher ohne Zusatz einleuchtend.

Auf eine wirkliche Überschreitung der alten Grenzen der Passivlegitimation führt erst zweifellos 1 § 13 D. h. t.: Illud tenendum, sive a te sive ab eo, in cuius locum successisti, possideri aliquid coeptum est, interdicto huic locum fore. Denn hiernach macht es für die Belangbarkeit keinen Unterschied, ob der Besitz beim Beklagten selbst[1]) oder bei dessen Auktor (in cuius locum successisti) angefangen hat. Ein solcher Sukzessor besitzt aber offenbar nicht legati nomine, wie der in § 10 Genannte.[2]) Das Interdikt erfordert demnach nur zu seiner Begründung den Legatsbesitz (S. 113). Einmal begründet geht es auch gegen Personen, die nicht ex causa legati, sondern aus anderem Grunde besitzen — wenn und weil sie dank dem Legatsbesitz ihres Auktors in den Besitz gelangt sind. Dessen Legatsbesitzerwerb ist das fremde factum, das sie zu vertreten haben, weil das hierdurch ihm zugekommene lucrum auf sie übergegangen ist.[3]) Als Universalsukzessoren gelangen sie in den Besitz durch Okkupation wie andere Erben. Nur ist im Gegensatz zu den Fällen des § 10 ihre Besitznahme nicht Ausübung eines ererbten Legatsrechtes, da dieses schon von ihrem Erblasser ausgeübt worden ist: ab eo in cuius locum successisti possideri aliquid coeptum est. Sie entnehmen die Sachen dem Nachlaß ihres Erblassers, nicht dem Nachlaß dessen, der das Legat errichtet hat. — Zwar spricht die Stelle (§ 13) nicht direkt aus, der Sukzessor müsse besitzen, um dem Interdikt aus-

[1]) Dieser wird auch im Interdikt in der zweiten Person bezeichnet. Anfänger im Besitz kann nach der obigen Deutung von 1 § 10 cit. wie der Legatar selbst auch ein Erbe des Legatars sein. — [2]) Obige Stelle (§ 13) spricht ja auch nur die Anwendbarkeit des Interdikts (interdicto huic locum fore), nicht wie § 10 cit. das Vorliegen von legatorum nomine possidere beim successor aus. — [3]) Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet. 149 D 50, 17: Ulp. 67 ad ed., woraus auch 1 D h. t. entlehnt ist. Die Verbindung von 149 cit. mit 1 § 13 cit. — nicht auch 1 § 10 cit., weil in § 10 kein possideri coeptum beim auctor — hat Lenel, Paling. Ulp. 1469 (vgl. Edictum[2] S. 436[14]) hergestellt, nicht, wie Krüger zu 1 § 13 sagt, Longo, der sich vielmehr p. 192 auf Lenel beruft.

gesetzt zu sein, sondern sie erwähnt nur den Besitzanfang beim Auktor, und dessen Besitz erlischt bei seinem Tode. Daher könnte man daran denken, der Erbe hafte als solcher, ohne eigenen Besitz, weil sein Erblasser haftbar gewesen sei. Allein einmal sagt doch die Stelle, daß vom Auktor possideri aliquid coeptum est, weist also mit dem Anfang auf eine Fortsetzung (durch Okkupation) beim Erben. Und ferner durfte der Jurist den Besitz, diese Voraussetzung eines auf Restitution gerichteten Rechtsmittels, als selbstverständlich ansehen hier wie in § 10 cit. (S. 118 N. 1). Der Erbe, welcher nicht besaß[1]), war vor dem Interdikt geschützt.

Hingegen ist nach § 13 für das Interdikt erreichbar nicht bloß der Universal-, sondern auch der Singularsukzessor: In locum successisse accipimus, sive per universitatem, sive in rem sit successum. Von der Singularsukzession ist — im Gegensatz zu § 10 — nur bei dem Falle die Rede, wo schon der Legatar selber besessen hat. Und dies kommt daher, daß anders als die Erbfolge die Singularsukzession gewöhnlich und in den Hauptfällen mit Besitzübertragung durch den Auktor verbunden ist (z. B. Kauf, Tausch, Vergleich, Dosbestellung, Schenkung). Die Erstreckung der Passivlegitimation auf den Singularsukzessor macht das Int. Quod leg. zu einem in rem scriptum.[2]) Daß dies eine Singularität sei, hat schon ein Glossator vermerkt, und seitdem ist jene Erstreckung wiederholt und aus verschiedenen Gründen beanstandet, namentlich für justinianische Neuerung erklärt worden. Ganz richtig wurde eingewandt[3]), der Singularsukzessor könne nicht belangbar sein, weil er mit allem Fug behaupte, se non legatorum nomine possidere. Allein die Anomalie beginnt nicht erst beim Sondernachfolger, es ist auch für den Universalsukzessor des Legatsbesitzers nicht wahr, daß er legatorum nomine besitzt. Sondern sein Besitz wird durch den Sukzessionsgrund tituliert, er besitzt pro herede. Denn zwar der

---

[1]) und auch nicht dolo sich des erlangbaren Besitzes entschlagen hatte? — Wenn der Erblasser dolo desiit possidere, haftet der Erbe nicht. — [2]) Vgl. Savigny, Syst. d. heut. r. R. V, 26. — [3]) Schmidt, Interdiktenverfahren S. 169. Er findet es ferner unwahrscheinlich, daß unser Interd. weiter gegriffen habe als das Int. Quor. bonor. und verweist auf den Fehler des Flor. in § 13 a. E.

Ersitzungstitel, nicht aber der Besitztitel wird vererbt [1]), weil ja nicht die Ersitzung, hingegen der Besitz durch den Tod unterbrochen wird. Es ist daher zu vermuten, daß der mit dem Int. Quod leg. belangte Erbe durch eine utilisierte Interdiktsformel gefaßt wurde, welche auf das legatorum nomine seines Erblassers abstellte und ihn selbst als den Erben dieses Legatsbesitzers bezeichnete.[2]) Der Singularsukzessor aber steht dem früheren Legatsbesitzer lange nicht so nahe wie ein Erbe; auch ist es unmöglich, mit dem Satze: Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet die Belangbarkeit eines Käufers zu rechtfertigen. Selbst die Erstreckung der Passivlegitimation auf den Erben ist als eine spätere Entwicklungsstufe zu betrachten.

Weiter ist der zweite Satz des § 13 darum angefochten worden [3]), weil 'accipimus' auf eine Glosse deute, eine solche aber nicht von Ulpian selbst herrühren könne. Allein solche Selbsterklärung ist seinem Stil nicht fremd, vielmehr in einer Reihe ulpianischer Stellen anzutreffen.[4])

Mit mehreren und stärkeren Argumenten bekämpft sodann Longo l. c. p. 174—94 im Verlauf seiner dem Ursprung der Singularsukzession in den römischen Rechtsquellen gewidmeten Untersuchung sowohl die Echtheit von § 13 Satz 2, den er den Kompilatoren zuschreibt, wie die wieder von Ubbelohde verfochtene These, daß im vorjustinianischen Rechte die Singularsukzessoren zum Int. Quod leg. passiv

---

[1]) Vgl. 13 § 11 D 5, 3: Heredem autem etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emptore possedit, hereditatis petitione teneri constat, quasi pro herede possideat. — [2]) z. B. Quod de bonis L. Titi G. Sempronius, in cuius locum successisti (oder cui heres extitisti), legatorum nomine non voluntate . . . possedit quodque tu possides . . . — Huschke, Studien S. 398 [73] scheint aus 1 § 13 und § 10 h. t. zu folgern, daß der Sukzessor „in des Prätors Edikt selbst" d. h. wohl im Interd. directum vorkam; die Fassung von § 13 spricht dagegen. Wider Huschke erklärt sich Lenel, Edictum [2] S. 437 [7]. — [3]) Pfersche, Privatrechtl. Abhandlungen S. 291/92. Auch Longo gebraucht dieses Argument. — [4]) z. B. 8 § 1 D 3, 3. 11 § 3 D 14, 3 (vgl. Lenel, Edictum [2] S. 250 [9]). 27 D 21, 1. 45 p D 40, 5. 1 p D 50, 13. — In 3 § 10 D 37, 4 könnten Ediktsworte kommentiert sein: Lenel a. a. O. S. 331, wie in nicht wenigen Stellen des Sabinuskommentars ohne Nennung des Sabinus dessen Worte erklärt werden, z. B. 1 § 1 D 19, 1. 48 § 3 D 47, 2, Joers in Pauly-Wissowa, Real-Enzykl. V 1, 1442—44.

legitimiert gewesen seien. Er beruft sich dabei auf l D 41, 8, wendet ein, die satisdatio an Singularsukzessoren wäre nicht verständlich, da doch in 1 § 3 D 36, 3 nur Universalsukzessoren des Legatars als kautionsberechtigt genannt sind, und findet, daß l. 149 D 50, 17 cit. und deren jetzige Stellung zur Erklärung der Absicht diene, in welcher die Singularsukzessoren durch Tribonian in § 13 cit. aufgenommen wurden: da jene regula iuris genau nur auf Universalsukzessoren passe, so mußte sie, meint er, von ihrem ursprünglichen Standort entfernt werden, als es dort zur Einschiebung der Singularsukzessoren kam. Endlich sei die Wendung 'per universitatem succedere' ein Hapaxlegomenon in den Pandekten und gehöre der justinianischen Sprache an.

Wenn aber wirklich die Passivlegitimation der Singularsukzessoren erst im justinianischen Recht aufkam, so möchte man wissen, wie sich die klassische Zeit geholfen habe. Und der Bescheid liegt nicht fern. Die vom Legatsbesitzer veranlaßten Singularsukzessionen beruhten alle — vielleicht vom Vermächtnis abgesehen, das kaum vorkam — auf Veräußerungen, waren also Fälle des dolo desinere possidere (vgl. Windscheid, Pand. I § 193 [8]). Solche Veräußerung enthob aber den Legatsbesitzer selber nicht der Belangbarkeit, und darum bedurfte man nicht der Belangbarkeit seiner Singularsukzessoren.[1]) Diese ihre Überflüssigkeit spricht am meisten dafür, daß Ulp. sie nicht aussprechen wollte und daß die Kompilatoren, indem sie die Entbehrlichkeit übersahen, die Passivlegitimation der Singularsukzessoren eingeführt haben.

Mag nun diese Passivlegitimation der ulpianischen oder erst der justinianischen Zeit angehören, keinenfalls führt sie zu der Annahme, daß das Int. Quod leg. auch denjenigen erfaßt habe, welcher dem Legatsbesitzer „den Besitz der Sache ohne vermittelndes Rechtsverhältnis abgenommen hat, sei es auf Grund eines nichtigen Rechtsgeschäftes, sei es durch Okkupation".[2]) Diese unbelegbare Ausdehnung ist nicht anzuerkennen. Solche Besitzer von Erbschaftssachen

---

[1]) Sie konnte nur dann ein Bedürfnis sein, wenn der Legatar nach seiner Veräußerung der Sache und bevor er belangt wurde, gestorben war: S. 120 [1]. — Was Ubbelohde S. 170 zugunsten des Bedürfnisses geltend macht, ist unzureichend. — [2]) Ubbelohde I 408. III 170.

werden vom Erben mit hereditatis petitio oder Int. Quorum bonorum verfolgt, da sie pro possessore besitzen.[1])

Durch 1 § 13 cit. wird hiernach eine Erstreckung der Passivlegitimation auf bestimmte Andere bezeugt, die nicht dem Titel, sondern höchstens dem Gegenstand nach Legatsbesitzer sind. Zu diesen Anderen gehören erstens die Universalsukzessoren des Legatsbesitzers, eine Entwicklung, die in Ulpians Tagen erreicht war. Und es gehören zweitens dazu die Singularsukzessoren des Legatsbesitzers, die in der Regel durch dessen Tradition in den Besitz gelangt sind, aber sowenig als die Universalsukzessoren pro legato oder legatorum nomine besitzen. Letztere Erweiterung der Passivlegitimation ist wahrscheinlich eine Neuerung der justinianischen Gesetzgebung, die sich um den alten Wortlaut des Interdiktes gar nicht mehr bekümmerte.

Eine fernere Erweiterung jenseits des Legatsbesitzes würde die Belangbarkeit des besitzenden Fideikommissars bilden, der auch nicht legati nomine besitzt. Diese Erstreckung ist für die Zeit der Klassiker nicht oder nicht unmittelbar zu belegen.[2]) Man pflegt sie daraus zu schließen, daß der Ausspruch: Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis (1 D 30) nach seiner Inskription 'Ulpianus libro 67. ad edictum' ursprünglich bei der Behandlung des Int. Quod legat. getan worden ist (inscr. 1 D. h. t.). Indessen ist dieser Schluß nicht ganz zuverlässig, weil der Wortlaut des Ausspruches nicht unverdächtig ist. Es könnte sein, daß er nicht wegen seiner allgemeinen Fassung an seine gegenwärtige hervorragende Stelle versetzt, sondern daß seine irgendwie engere

---

[1]) Vgl. 13 p. § 1 D 5, 3. Die Meinung, daß „auch Besitzer von Erbschaftssachen, die sich pro possessore oder pro herede gerieren, mit dem Int. Quod leg. belangt werden können" (Sokolowski, Philosophie im Privatr. II 74), wird durch 1 § 4 D h. t. nicht begründet, sondern widerlegt: die Ungewißheit, ob pro legato oder aber pro herede vel pro possessore besessen werde, könnte nicht ein besonderes Auskunftsmittel veranlassen, wenn das Int. Quod leg. auch dem Besitz pro poss. oder pro her. gewachsen wäre. — [2]) Sie wird für diese Zeit angenommen von Keller, Institutionen S. 341. Rudorff, Ed. perp. S. 205[2]. Lenel, Edictum[2] S. 437[5]. Baron, Institutionen S. 341. Ubbelohde S. 174 vgl. 176.

Fassung[1]) bei und wegen jener Versetzung verallgemeinert worden sei.[2]) Sodann handelt es sich bei der Erstreckung des Int. Quod leg. auf die Fideikommisse nicht um Angleichung der legata an die fideicommissa, wovon 1 D 30 spricht, sondern umgekehrt.[3]) Bezeugt wird diese Gleichstellung der Fideikommisse mit den Legaten erst durch Diocletian in 1 § 1 C 8, 3. Bei Angabe des Kasus führt der Kaiser unvorgreiflich Legat und Fideikommiß auf gleichem Fuße an.[4]) Wenn er aber dann den Erben 'secundum sententiam interdicti' mittelst des Interdiktes durchdringen läßt, so macht er durch den Zusatz: quod (sc. interdictum) adversus legatarios ... propositum est deutlich, warum er 'secundum sententiam interdicti' entscheidet. Er beruft sich auf die sententia, weil die verba des proponierten Interdiktes das Fideikommiß unerwähnt ließen und auch ein utile dafür nicht im Edikt enthalten war, was wohl auf der Geringfügigkeit des Bedarfes beruhte. Indessen bereits in klassischer Zeit griff das Interdikt gegen den missus in poss. leg. serv. causa Platz (S. 110f.) und ward solche missio wie die dadurch zu erzwingende cautio auf Fideikommissare übertragen (114 § 12 D 30. 14 D 36, 3. 3 p. 5 p. § 8. § 13 D 36, 4. 10 cod.); ebenso stand schon damals das Recht auf die falzidische Quart dem Erben auch gegen Fideikommissare zu (z. B. Gai. II 254). Es wird daher wenigstens in diesen Bereichen schon vor Diocletian das Interdikt gegen Fideikommissare erstreckt worden sein, unter Anpassung des Wortlautes. —

Die Worte des Interdikts 'legati nomine possidere' gingen nur auf den Legatar, schlossen daher den mortis causa

[1]) Vgl. 1 § 5 D si cui plus quam per leg. Fal. licuerit legatum esse dicatur 35, 3: Hodie tamen subsimile aliquid fit in fideicommissis. — [2]) In 3 J 3, 20 sagt Justinian selbst: necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exaequare. Da er nach § 2 verfügt hat, daß omnibus legatis una sit natura, so erscheint das 'omnia legata' in § 3 müßig. Man darf daher vermuten, daß er (wie in 1 J 2, 7) treffender hier 'per omnia' geschrieben habe und das gleiche 'per omnia' in 1 D 30 cit. von ihm geschrieben sei. Indessen gibt schon des Theophilus Paraphrase πάντα τὰ ληγάτα, was Ferrini, unsere Hypothese vorahnend, mit 'omnino legata' wiedergibt. — [3]) Vgl. Gai. I 3: itaque eo modo legibus exaequata sunt (sc. plebiscita). — [4]) Unde si legatarius vel fideicommissarius non consentiente patre tuo — relicta sibi legata vel fideicommissa detinuit —.

Donatar aus[1]), trotz der weitreichenden Übereinstimmung dieser Schenkung und des Legates. Daß der Beschenkte den Besitz vom Schenker empfangen haben konnte und dann zur Okkupation keinen Anlaß hatte — wie solcher bei der durch promissio bewirkten m. c. donatio eintreten mochte — wäre kein Hindernis gewesen, da ja das Interdikt dem zweiseitigen Besitzerwerb Raum ließ (S. 117). Ebenso bildet keinen Ausschließungsgrund, was in 1 § 5 D. h. t. als solcher angeführt ist.[2]) Denn erstens dient das Int. Quod leg. nicht allein der lex Falcidia und zweitens ist der Grund 'quia portio legis Falcidiae apud heredem ipso iure remanet' auf Legate geradeso zutreffend, und gleichwohl steht dem Erben gegen den Legatar das Interdikt zur Durchführung der lex Falcidia zu. Gewiß behandelt 1 § 5 cit. nur diejenige m. c. donatio, welche mittelst Tradition durch den Schenker vollzogen wird.[3]) Wenn aber der für die Unanwendbarkeit des Interdikts bei m. c. donatio beigebrachte Grund, wie gezeigt, unzureichend ist, so darf man nicht annehmen, die Unanwendbarkeit des Interdikts gelte nur bei dem angeführten Fall von m. c. donatio, in den übrigen sei es anwendbar.[4]) Gilt doch auch von der m. c. don. durch promissio, daß portio legis Falcidiae apud heredem ipso iure remanet. Wie der ulpianische, so sind auch die von Neueren dem Rechtsverhältnis entnommenen Gründe gegen die Belangbarkeit des Donatars nicht durchschlagend und zum Teil nicht haltbar.[5])

---

[1]) Gemeint ist natürlich ein solcher, der die m. c. donatio vom Erblasser des Klägers hat. Denn sollte 1 § 13 D h. t. ganz von Ulpian geschrieben sein, so konnte es damals geschehen, daß ein m. c.-Donatar als vom ersten Legatsbesitzer Beschenkter belangbar war. — [2]) Si quis ex mortis causa donatione possideat, utique cessabit interdictum, quia portio legis Falcidiae apud heredem ipso iure remanet. — [3]) gemäß den Worten: etsi corporaliter res in solidum translatae sunt. — [4]) Dies scheint anzunehmen Köppen, Lehrbuch des heut. röm. Erbrechts S. 827[6]. — [5]) z. B. Cohen, Schenkung von Todeswegen S. 163: daß „dies der Anfechtung eines Factums des Erblassers gleichgekommen wäre." Ubbelohde S. 178: daß die Schenkung von Todeswegen den Nachlaß als solchen belaste, so daß der Erbe eine bereits vorhandene Schuld übernehme. Keller, Institutionen S. 342: daß hier die Vermittlung des Erben nicht so notwendig sei, oft mit dem Willen

Sachlich oder logisch würde dieses der Erstreckung des Interdiktes auf den m. c.-Donatar im Wege gestanden haben. Da der Erwerb der m. c. donatio auf Kosten der Erbschaft geht, so kann der Erbe daran interessiert sein, daß nicht ohne seinen Willen das m. c. Geschenkte vom Donatar besessen werde.[1]) Immerhin zeigte sich dieses Interesse nicht so oft und so groß, daß schon der Prätor bewogen wurde, bei der Fassung des Interdiktes darauf Rücksicht zu nehmen. Und auch die iuris auctores fanden sich nicht veranlaßt, jenem Interesse durch Interpretation oder Akkommodation des überlieferten Interdikts Rechnung zu tragen. Bei dringendem praktischen Bedürfnisse wäre mit einem utile interdictum zu helfen gewesen. Wenn Ulpian hierfür keinen Vorbehalt macht und das Interdikt aus unzulänglichem Grunde verwirft, so mag gerade jenes Fehlen der praktischen Bedeutung den Defekt der Theorie verschuldet haben. —

Der Legatsbesitz, der die Passivlegitimation begründet und hier bis zu seinen Ablegern verfolgt worden ist, kann nach dem Erbschaftserwerb wie vor demselben erworben sein. Das erstere geschieht gewöhnlich, bevor der Erbe selbst den Besitz erworben hat, doch war für die Fälle der missio leg. serv. anzunehmen, daß gegen den befriedigten oder sichergestellten missus auch wegen solcher Sachen geklagt werden könne, die der Erbe schon vor der missio besessen hat (S. 111 f.). Erlangt ferner der Legatar den Besitz, bevor es zum Erbschaftserwerb gekommen ist, so fällt das regelmäßig in die Zeit der hereditas iacens. In den seltnen Fällen, wo der Legatar den Besitz vom Erblasser empfing (z. B. 26 p D 35, 2: quae linea apud legatarium fuerat mortis tempore), geht solcher Erwerb dem Erbfall, also der hereditas iacens voraus (S. 116 A. 3).

Wann immer der Besitz erlangt worden ist, der mittelst Int. Quod leg. abgefordert werden soll, so gehört es zur Passivlegitimation, daß ohne den Willen des Erben der Besitz erlangt sei. Das Nichteinverständnis des Erben mit dem Besitzerwerb ist ein einfaches und natürliches Erforder-

des Erblassers besessen werde, der Donatar der cautio legatorum entbehre und endlich der in 1 § 5 cit. angegebene Grund.

[1]) Vgl. Leonhard, Institutionen S. 538/39.

nis, da doch der Erbe nicht Sachen abfordern kann, welche mit seinem Willen vom Beklagten besetzt worden sind. Demgemäß wird jenes Requisit in einer Reihe von Stellen ausgesprochen und erörtert (S. 91 [1]). Imgleichen wird das Interdikt versagt, wenn und soweit die Einwilligung des Erben zur Zeit des Besitzerwerbs vorlag (1 §§ 11, 12, 15 D. h. t. 1 § 11 D 35, 2 [1])), oder hinterher erklärt wird (1 § 14 D. h. t.); hingegen kann nachträglicher Rückzug der anfänglich erteilten Einwilligung die ausgeschlossene Legitimation nicht wieder begründen (1 § 14 i. f. D. h. t.). Wird der Mangel der voluntas des Erben da nicht erwähnt, wo das Interdikt gegen den missus gewährt ist, so ist jener Mangel hier selbstverständlich, wie er naheliegt im Fall von 26 p D 35, 2, wo der Legatar schon mortis tempore das besitzt, was er wegen der Falcidia nicht ganz behalten darf. Da es natürlich auf das Nichtwollen des Erben ankommt, so steht die von dieser Person vor ihrem Erbgang erklärte Einwilligung der Anstellung des Interdiktes nicht im Wege (1 § 11 D. h. t.).[2])

Das eben besprochene bloß negative Erfordernis der Passivlegitimation ist mit dem Besitz verglichen untergeordnet und steht hinter diesem auch an Interesse zurück, weil es keine geschichtliche Entwicklung erkennen läßt. Eine solche Entwicklung hat hingegen die Passivlegitimation erfahren, soweit es hierbei auf anderes, namentlich den Besitz des Beklagten ankommt. Denn es hat sich gezeigt,

1. daß das Interdikt ursprünglich für legata per vindicationem bestimmt war, da man nur bei diesen ein neues Rechtsmittel nötig hatte, und nur bei diesen der Legatar sich zur Selbsthülfe gedrängt fühlte, weil ihm der Rechtsweg bloß gegen den besitzenden Erben offensteht (S. 104f.); dazu

---

[1]) selbst wenn die Einwilligung auf Irrtum des Erben beruhte: S. 91/92; auch wenn dieser Irrtum vom Legatar arglistig erregt worden war: arg. 23 D 4, 3 cf. 1 § 1. — [2]) Wendt in Iher. Jahrb. 21, 294, aber Mißdeutung S. 270, indem hier 'voluntas' vom Widerspruch des Erbfolgeberechtigten verstanden und zu 'non nocere' ein possessori oder legatario (statt actori) gedacht, folglich das Interdikt ausgeschlossen wird, wenn die Okkupation hereditate iacente erfolgt ist. Dagegen auch Ubbelohde S. 153f. (zum Teil anfechtbar).

kommt, daß cautio und missio legator. serv. wohl nicht beim puren Vindikationslegat zu verlangen sind, was den Legatar zur Okkupation drängt, da ihm die vom Interdiktenkläger als solchem zu stellende satisdatio die sonst fehlende ersetzt. An diesen ursprünglichen Zusammenhang zwischen der privaten Okkupation, welche Interdikt nebst Kaution hervorruft, und dem Mangel prätorischer cautio und missio beim puren Vindikationslegat wird man durch 1 § 16 D. h. t. erinnert, indem diese Stelle bei Wegfall der privaten Sicherheit die missio leg. serv. eintreten läßt;

2. daß gleichwohl nach seiner auf legatorum nomine possidere gestellten Fassung das Interdikt alle genera legatorum umfängt;

3. daß es in diesem Umfang auch den Erben des Legatars erfaßt, der statt des Legatars und dessen Legatsrecht ausübend den Besitz ergriffen hatte (1 § 10 h. t.);

4. daß es ausgedehnt wurde auf Fälle, in denen nach dem Gegenstand des Legats (Ususfructus) nur Detention stattfand, und

5. auf Fälle der missio leg. serv., die ja auch nur mit Detention anfängt, sobald die missio durch Kaution oder Zahlung gegenstandslos und damit die Detention zum Besitz geworden ist;

6. daß ebenso aus der Anwendung auf den missus die Ausdehnung des Legatsbesitzes auf den Besitz nicht vermachter Erbschaftssachen folgt, welche der Legatar zu seiner Sicherung an sich genommen hat;

7. daß außer dem Legatar auch der Fideikommissar belangbar geworden ist, was, wenn nicht schon bei den klassischen Juristen, sicherlich unter Diocletian aufkommt;

8. daß endlich die Erstreckung des Interdiktes auf Universal- wie Singularsukzessoren des Legatsbesitzers, die doch nicht selbst Legatsbesitzer sind (1 § 13 h. t.), ein Verlassen des Ausgangspunktes und die größte Erweiterung der Passivlegitimation bedeutet.

Deren Erweiterung war zwar nicht ohne Einfluß auf die Aktivlegitimation, da gegen den missus der Erbe auch wegen schon von ihm besessener Sachen, und gegen

den Fideikommissar als belasteter Intestaterbe klagen konnte. Aber beide Möglichkeiten sind bloß Konsequenz oder Reflex einer Erweiterung der Passivlegitimation. Im übrigen ist die Aktivlegitimation von der passiven unabhängig, und letztere legt jede Stufe ihrer Entwicklung zurück, ohne daß es hierbei irgendwie darauf ankäme, ob der belastete Erbe iure civili oder iure praetorio Erbe geworden ist. Sollte in diesem Punkte die Aktivlegitimation eine Geschichte gehabt haben, so wird diese jedenfalls nicht durch die der Passivlegitimation gefordert oder bewiesen. Sie muß daher ihre eigenen Gründe und Zeugnisse besitzen.

III. Aktivlegitimation.

Die zur Bestimmung dieser Legitimation verwertbaren Quellen lassen sich zu vier Gruppen ordnen, je nachdem die Stellen als Kläger auftreten lassen den bonorum possessor, oder den heres, oder diese beiden nebeneinander, oder sich solcher Distinktion enthalten und eine farblose Angabe machen, welche die Berechtigung des prätorischen wie des zivilen Erben offen läßt.[1])

A. Der bonorum possessor erscheint als interdiktberechtigt in:

Vat. 90: ... libro I de interdictis sub titulo 'in eum qui legatorum nomine, non voluntate eius cui bonorum possessio data erit, possidebit'.

2 § 1 D h. t. 43, 3: Quod ait praetor 'si per bonorum possessorem non stat, ut satisdetur', sic accipimus, si paratus est satisdare —.

[1]) Des Universalfideikommissars als Klagberechtigten wird nicht besonders gedacht. Daß er mit Legaten belastet sein kann, ist sicher (1 §§ 17, 20, 21 D 36, 1. 2. 3 p. 17 § 3. 57 § 2. 65 § 11 eod. 2 C 6, 49), so daß er durch die nach der restitutio hereditatis verübte Eigenmacht der Legatare beeinträchtigt und des Int. Quod leg. bedürftig werden kann. Da er den Legataren kautionspflichtig und ihrer missio ausgesetzt ist (1 § 7 D 36, 3. 4. 15 § 1 eod. 5 § 13. 8 D 36, 4), so sollte er schon deswegen jenes Rechtsmittels zur Ausweisung eigenmächtig besitzender Legatare nicht entraten haben. Vgl. S. 110[5].

2 § 4 eod.: Item si per bonorum possessorem stetit, quominus satisdaret, sed modo paratus est cavere, tenet interdictum.

B. Der heres erscheint als interdiktberechtigt in:

1 § 11 D 35, 2 (S. 91 f.): Si legatarius possessionem nanctus est et non potest avocari ei res, quia voluntate heredis errantis nanctus est possessionem —.

17 D 33, 2 (S. 97 f.): Respondit et invitis heredibus possessione adprehensa perceptos fructus restituendos esse —.

26 p D 35, 2 (S. 93 f.): — quaero an ea linea heredi restitui deberet propter legem Falcidiam. Respondit posse heredem consequi, ut ei restituatur —.

40 D 46, 3 (S. 99 f.): Item si quis solverit legata, debent discedere legatarii de possessione: alioquin nascitur heredi interdictum, ut eos deicere possit.

1 § 2 D h. t.: — ut quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupaverit, id restituat heredi. — Redigit igitur ad heredes per hoc interdictum ea, quae legatorum nomine possidentur —.

1 § 3 eod.: Hoc interdictum et heredem heredis bonorumque possessoris habere —.

1 § 5 eod.: Si quis ex mortis causa donatione possideat, utique cessabit inderdictum, quia portio legis Falcidiae apud heredem ipso iure remanet —.

1 § 15 eod.: Si alter ex heredibus — voluerit rem a legatario possideri, alter non, ei qui noluit, interdictum competet —.

1 C h. t. 8, 3: Heredi scripto satis idonee lege Falcidia, si exhausta legatis successio probetur, per quartae retentionem prospectum est. Unde . . . secundum sententiam interdicti, quod adversus legatarios scriptis heredibus propositum est —.

C. Heres und bonorum possessor werden nebeneinander als kompetent bezeichnet in:

1 § 3 D h. t.: Hoc interdictum et heredem heredis bonorumque possessoris habere —.

1 § 11 eod.: — si post aditam hereditatem vel bonorum possessionem adgnitam voluntas accommodata est legatario, ut possideret, interdictum cesset: quod si ante aditam hereditatem bonorumve possessionem adgnitam hoc factum est —.

Dieser Gruppe mag man noch beigesellen:

1 § 1 C h. t. 8, 3: Unde si legatarius vel fideicommissarius, non consentiente patre tuo, quem adseveras testatori successisse et bonorum possessionem accepisse, relicta sibi legata vel fideicommissa detinuit —.

D. Endlich wird der Interdiktberechtigte ohne Unterscheidung von heres und bonorum possessor, oder farblos angegeben in:

1 l D 36, 3 (S. 99 f.): — perinde mihi praetor accommodat interdictum, quo iubeantur discedere legatarii possessione, ac si ego cavissem.

1 § 11 D h. t.: Quod ait praetor 'voluntate eius, ad quem ea res pertinet' ita erit interpretandum, ut — (weiter unter C).

1 § 14 eod.: Prodest autem possedisse, quotiens voluntate eius, ad quem ea res pertinet, possideri coeptum est: sed et si postea voluntas accessit eius, ad quem ea res pertinebat, tamen prodesse possessori debere. Unde si quis coepit quidem ex voluntate eius, ad quem ea res pertinet, possidere —.

1 § 15 eod.: Si alter ex heredibus iisve, ad quos ea res pertinet, voluerit (weiter unter B).

Die vorstehende Quellenkollektion bildet die Grundlage der Meinung, daß das Int. Quod leg. dem Erben zukommt, mag er bloß heres oder bloß bonorum possessor sein. Wenn nämlich die Reihe der Stellen zeigt, daß manche nur den heres und andere nur den bon. possessor als Kläger aufweisen, eine dritte Gruppe diese beiden Erbenarten als klagberechtigt behandelt, und in einer vierten keine Angabe einer bestimmten Art oder keine Unterscheidung von heres und bon. possessor gemacht wird: so ist der nächste Schluß der, daß der Unterschied von ziviler und prätorischer Erbfolge auf die Aktiv-

legitimation zum Int. Quod legatorum keinen Einfluß hat. Dies besagt, daß das Alleinvorkommen des heres in einer Anzahl von Stellen nicht den Ausschluß des bonorum possessor vom Interdikt ergibt, sowenig als aus dem Alleinauftreten des bonorum possessor in anderen Stellen der Ausschluß des heres folgt. Vielmehr muß jenes und dieses Alleinvorkommen anders zu erklären sein.

Zur Ablehnung jener Argumentation e contrario wird man schon dadurch geneigt, daß es sich um entgegengesetzte Vorkommnisse handelt. Man kann nicht gut aus der Alleinnennung des heres dessen Alleinberechtigung folgern, wenn man alsbald aus der Alleinnennung des bonorum possessor auf dessen Alleinberechtigung schließen müßte. Auch wären mit jener Argumentation diejenigen Stellen nicht vereinbar, in welchen heres und bon. possessor nebeneinander auftreten, und selbst nicht diejenigen, welche die Art des Erben dahingestellt sein und damit beiderlei Erben Raum lassen.

Für die obige Folgerung auf den Umfang der Aktivlegitimation ist es ohne Belang, daß der eine Teil der Stellen anscheinend der Kasuistik angehört und sich mit dem Interdikt nur anläßlich des gegebenen Falles befaßt[1]), während der andere Teil aus Stücken einer dem Interdikt gewidmeten theoretischen Erörterung besteht.[2]) Vielmehr hat dieser Unterschied nur die Bedeutung, daß wo in einer kasuistischen Stelle der Hinweis bloß auf e i n e Erbenart vorkommt, solcher Umfang sich ohne weiteres aus der Gestalt des gegebenen Falles ergibt, während die in einer theoretischen Erörterung begegnende Beschränkung einer anderen Erklärung bedarf.

Die Annahme, daß das Int. Quod leg. dem heres nicht minder als dem bon. possessor zusteht und umgekehrt, ist nicht bloß die nächstliegende Folgerung aus dem Quellenbefund, sie liefert auch, wie wir sahen, die einfachste Deutung mehrerer Stellen (1 § 11. 26 p D 35, 2. 17 D 33, 2. 11 D 36, 3. 40 D 46, 3. S. 91—103). Dagegen bereitet die Voraussetzung, daß das Interdikt nur dem bon. possessor zustehe, ihren

---

[1]) 1 § 11. 26 p D 35, 2. 17 D 33, 2. 11 D 36, 3. 40 D 46, 3. 1 C 8, 3. —
[2]) Die S. 129—131 zitierten Passagen aus 1 und 2 D. h. t., sowie die S. 130 aus 1 C 8, 3 angeführte allgemeine Angabe über das Interdiktum und Vat. 90 (S. 129).

Anhängern, da sie am überlieferten 'heres' festhalten mußten, bei 26 p. 11 und 40 citt. unüberwindliche Schwierigkeiten.

Endlich sprechen für die nächstliegende Annahme vom Umfang der Aktivlegitimation auch einige allgemeine Erwägungen. Wenn ein Legatar Erbschaftssachen legatorum nomine ohne Einwilligung des Erben besitzt, so kann der Erbe guten Grund haben, sie ihm abnehmen zu wollen — etwa wegen Eingriffs der falcidischen Rechnung (S. 91. 93 f.) oder wegen Versäumnis der Moduskaution (S. 97 f.) oder wegen Erledigung der missio leg. serv. (S. 99 f.) — und kann solchen oder einen andern Grund haben[1]), mag er heres oder bon· possessor sein. Und sicherlich braucht er in solchen Fällen ein eigenes Rechtsmittel wie das Int. Quod leg., da ihm kein anderes Interdikt zu Gebote steht, die hered. petitio gänzlich ausgeschlossen und die gemeine rei vindicatio mindestens beim Vindikationslegat unanwendbar ist (S. 106), alles ohne Unterschied der Erbenart: das Bedürfnis des Int. Quod leg. ist bei beiderlei Erben gegeben.

Hätte nun das Interdikt nur dem heres zugestanden, so wäre sicherlich nicht derjenige heres ferngehalten gewesen, der auch die B. P. agnosziert hatte, nämlich die secundum tabulas, denn heres war er daneben gleichwohl. Vielmehr hätten nur diejenigen bonorum possessores das Interdikt zu entbehren gehabt, die nicht auch heredes waren, sondern bloß die b. p. sec. tab. oder blos die b. p. contra tabulas erlangt hatten. Diesen wäre natürlich auch nicht mit der Fiktion der Heres-Eigenschaft zu helfen gewesen, da solche Fiktion, von anderem abgesehen, ja nur für actiones hereditariae bestimmt war, zu denen das Int. Quod leg. nicht zählen kann.[2]) — Hätte hingegen dies Interdikt allein dem

[1]) z. B. Vorabzug der Erbschaftsforderungen des Erben beim Vermächtnis eines usufructus omnium bonorum: Seufferts Archiv 15 S. 26 mit den dortigen Verweisungen; Bestreitung der Gültigkeit des Legats durch den Erben, dem es daher vorteilhaft ist, sich als Besitzer belangen zu lassen: Ubbelohde S. 141/42; Ausstehen der cautio Muciana. — [2]) Gai. IV 34: — quod defuncti fuit — (quod e)i debebatur —. Vgl. Brinz, Pand. III 16/17. — Die den bon. possessores akkommodierten actiones sind solche, mit denen der Prätor 'imitatur ius legitimum' (Gai. IV 111), und ein Interdikt zählt nicht zum ius legitimum. Vgl. auch Lenel, Edictum[2] S. 178.

bon. possessor zugestanden, so konnten damit entweder nur die eben erwähnten bloßen bon. possessores oder auch solche gemeint sein, die überdies heredes waren; hingegen blieben heredes ausgeschlossen, die der bon. possessio entrieten, z. B. weil sie die Agnitionsfrist versäumt hatten.

Bringt man aber in Anschlag, daß es sich beim Int. Quod leg. hauptsächlich um Bekämpfung eines den legatspflichtigen Erben beeinträchtigenden und eigenmächtigen Verhaltens der Legatare handelt, daß legata vom Testator einem heres und nicht einem bon. possessor auferlegt werden [1]), vielmehr letzterer nur trotzdem er nicht heres ist, legata zu entrichten haben kann, und daß die Eigenmacht der Legatare und damit die Beeinträchtigung des Erben den heres so gut wie den bon. possessor treffen kann — wer all dies veranschlagt, wird es von vornherein unwahrscheinlich finden, daß das gegen die Legatare gerichtete Interdikt gerade nur einem heres oder nur einem bonorum possessor zugestanden habe.

Es hat denn auch die Annahme, daß das Interdikt dem Erben schlechthin, ohne Unterschied von ziviler und prätorischer Ordnung zustehe, von jeher viele Anhänger gehabt und nicht nur als man noch auf die Belege justinianischer Überlieferung angewiesen [2]), sondern auch in der Zeit, da ein Beleg vorjustinianischer Überlieferung hinzugekommen war.[3]) Ersteres gilt z. B. von den Basilica und deren Scholien, von der Glossa ordinaria, von Cuiacius, Donellus, de Retes und Pothier [4]); letzteres z. B. von Heimbach, Unterholzner, Böcking, Kuntze, Voigt.[5])

---

[1]) Gai. II 201. 209. Ulp. 24, 21. Mit fideicommissum belasteter bonorum possessor in 13 D 5, 2. 92 § 2 D 30. — [2]) Das sind alle S. 129 bis 131 angeführten mit Ausschluß von Vat. 90, aber mit Einschluß von 2 §§ 1, 4 D h. t. — [3]) nämlich Vat. 90. — [4]) Die beiden Scholien des Theodorus zu Bas. 41, 2, 10, einer Bearbeitung von 1 C 8, 3 (Heimb. IV 140), lassen mit dem Interdikt den heres *(κληρονόμος)* klagen, das zweite mit der Unterscheidung *ὡς σκρίπτος ἀδιτεύσας ἢ διακατοχὴν* (possessionem) *αἰτήσας*, so daß sich der Scholiast des Unterschiedes bewußt zeigt. — de Retes in Meermann Thes. VII 502. 503. Pothier, Pand. Iustin. III 193. — [5]) Heimbach in Weiskes Rechtslex. V 604—07. Unterholzner, Schuldverhältnisse II 131—33. Böcking, Institutionen [2] S. 285. 320. Kuntze, Kursus d. röm. Rechts [2] § 874. Voigt, Röm. RG. II 840.

Abweichende Ansichten sind erst im 19. Jahrhundert hervorgetreten. Keine geht dahin, daß jemals nur der heres legitimiert gewesen und die Legitimation erst auf den bon. possessor ausgedehnt worden sei. Es wird vielmehr nach dem Erscheinen der Fr. Vat. von zahlreichen Autoren die entgegengesetzte Entwicklung angenommen.

Zwar könnte die erstere Ansicht sich nicht darauf berufen, daß mehrere Stellen auch bei theoretischer Erörterung nur den heres als Kläger vorführen; denn heres ist der Repräsentant der Erben, so daß was von ihm gesagt ist ohne weiteres auch vom bon. possessor gilt.[1]) Aber die erstere Ansicht könnte für sich geltend machen, daß wenn jemals unterschieden wurde und die Legitimation auf eine Erbenart beschränkt war, an den heres als den älteren Erben, als den öfter mit Legaten beschwerten zu denken sei. Indessen da diese Ansicht in der Literatur nicht vertreten ist, so braucht sie nicht eigens bekämpft zu werden.

Die Anhänger der entgegengesetzten Entwicklung sind zwar im Negativen, nämlich in der Verwerfung der alten Ansicht, in der anfänglichen Ausschließung des heres eins, gehen aber im Positiven unvereinbar auseinander. Denn nach den Einen ist das, wie sie meinen, ursprünglich nur dem bon. possessor gewährte Interdikt schon lange vor Justinian auch dem heres eingeräumt worden; als Quelle des Wandels, die nicht immer angegeben wird, ist Jurisprudenz oder Praxis gedacht.[2]) Nach den anderen ist das Interdikt stets, auch

---

[1]) Vgl. 117 D 50, 17. 170. 138 D 50, 16 und z. B. 19 § 1 D 12, 6 (verus heres ohne Wiederholung von bonorum possessor). — [2]) Keller, Institutionen S. 342/43: „... daß das Int. Quod leg. ursprünglich und nach dem Wortlaute des Ediktes nur für denjenigen bestimmt war, der wirklich bon. poss. ... erlangt hatte, Vat. 90 vgl. 2 § 1 D h. t.; während es für die Folgezeit keinem Zweifel unterliegt, daß man es ... für den Zivilerben genügend fand, daß er die bon. poss. hätte erlangen können 1 §§ 2. 3 u. w. h. t." Vgl. jedoch auch Kellers Rekonstruktion des Interdiktes S. 341. Nach Leist in Glücks Kommentar, Bücher 37. 38 I 413—17, schreiben Venul. (Vat. 90) und Paul. (2 §§ 1, 4 h. t.) das Interd. „lediglich dem bon. poss. zu", während es „nach der Darstellung Ulpians (1 §§ 2, 3, 11 h. t.) „gleichmäßig dem heres wie dem bon. possessor zusteht." Da man nach dieser Darstellung „justinianische Interpolation schwerlich annehmen kann", so entscheidet sich Leist

bei den spätesten Klassikern, auf den bon. possessor beschränkt gewesen und erst unter Justinian auf den heres erstreckt worden, aber nicht in Konsequenz einer justinianischen Reformverordnung wie manche andere Änderung, sondern ohne Spezialvollmacht der Kompilatoren.[1]

Demgemäß halten die Ersteren die den heres als Klagberechtigten anführenden Digestentexte alle für echt, während von den Letzteren die meisten dieser Texte wegen des heres für justinianisch interpoliert erklärt werden.[2] Sonach gehört die rechtshistorische Frage nach der Aktivlegitimation des Int. Quod leg. nicht bloß zur Geschichte eines Institutes, nämlich dieses Interdiktes oder der bon. possessio, sondern auch zur Geschichte der römischen Rechtsquellen.

Die beiden eben berichteten neueren Ansichten nehmen übereinstimmend die ursprüngliche Beschränkung des Interdiktes auf den bon. possessor und die spätere Ausdehnung auf den heres an. Die Tatsache der Ausdehnung wird nirgends bezeugt, vielmehr liegt in Dig. und Cod. das Interdikt als ein auch dem heres zustehendes Rechtsmittel vor. Gleichwohl wäre die Annahme seiner Ausdehnung unumgänglich, falls die ursprüngliche Beschränkung feststeht; dann könnte

---

für „eine Ausdehnung auf den heres schon früher auf dem Wege der Jurisprudenz." Rudorff, Edictum § 205 (s. auch zu Puchta, Institutionen § 316[kk]). Baron, Institutionen § 175[3] („schon in klassischer Zeit dem heres gegeben"). Karlowa, Röm. RG. II 1022. Sokolowski, Philosophie im Privatr. II 74 und Anm. 160 läßt das Interdikt durch die Praxis auf den heres ausgedehnt werden und tritt gleichwohl der Annahme justinianischer Interpolation der Pandektentexte bei.

[1]) Lenel in dieser Zeitschr. III 182 und Edictum 1. Aufl. S. 362. 2. Aufl. S. 436. 437. Pfersche, Privatr. Abhandl. S. 290[4]. Schulin, Lehrb. d. Gesch. d. röm. Rechts S. 485. Ubbelohde S. 33. 140f. Longo in Bull. dell'Istituto di dir. rom. 14, 191 (Notoriamente l'Imperatore lo ha esteso). Girard, Manuel élém. de droit rom[4]. p. 905[2]. Schirmer in Arch. f. ziv. Prax. 87, 121. Dernburg, Pand. III § 99[7]. Roby, Rom. private law I 240. H. Appleton, Interpolations p. 191. Cornil, Traité de la poss. dans le droit Rom. p. 318. Jörs, Artikel Digesta in Pauly-Wissowa, Real-Enzyklopädie V 536 (irrtümlich quorum bonorum statt quod legatorum). S. ferner die Ediktsrestitutionen bei Bruns, fontes[7] p. 230. Girard, Textes[3] p. 150. Riccobono, fontes I 298. — [2]) Lenel, Palingenesia II 801. 802 (Ulp. Nr. 1465—67). Krüger in der elften Stereotypausgabe des C. I. C. zu D 43, 3.

nicht mehr die Tatsache, könnten nur noch Zeit, Grund und Urheber der Ausdehnung fraglich sein. Kann hingegen die ursprüngliche Beschränkung nur vermutet werden, so wird solche Hypothese durch die Unwahrscheinlichkeit des Ausdehnungsvorganges ihrerseits aller Wahrscheinlichkeit entkleidet und damit zerstört. Daher hat die historische Kritik hier zum Gegenstand sowohl die Behauptung der ursprünglichen Beschränkung als die der späteren Ausdehnung der Aktivlegitimation. Zunächst sind die für beide Behauptungen beigebrachten Gründe zu untersuchen und hierauf die gegen sie und damit für die ältere Ansicht sprechenden Gründe zusammenzustellen.

Ein Zeugnis für den ursprünglichen Ausschluß des heres vermag Paul. 63. ad ed. 2 §§ 1, 4 D h. t. (S. 129/30) nicht zu liefern. Zwar nennt Paulus, indem er das Edikt zitiert — Quod ait praetor 'si per bonorum possessorem non stat, ut satisdetur', sic accipimus, si paratus est satisdare — bloß den bon. possessor und führt folgeweise in § 4 bei Kommentierung der von ihm zitierten Ediktsworte nur den bon. possessor an (S. 130). Aber daß der heres im Edikt an dieser Stelle ungenannt gewesen sei und demgemäß von Paul. für unlegitimiert erklärt werde, läßt sich schlechterdings nicht folgern. Das Edikt kann von beiderlei Erben gesprochen und doch der Kommentator bei der Zitierung des Edikts kürzehalber nur einen und zwar denjenigen angegeben haben, welche dem zu erklärenden Textstück am nächsten stand.[1]) Dieses Verhalten ist darum sehr wahrscheinlich, weil Vollständigkeit d. h. Angabe auch des heres für die vorhabende Erklärung unerheblich war. Denn der Jurist will eine Schranke der Satisdationspflicht des Interdiktenklägers erörtern, hat somit keinen Grund, den Klagberechtigten vollständig zu bezeichnen, gewiß, daß das von der Satisdationspflicht des

[1]) Für solche Abkürzung fehlt zwar hier die Kontrolle, aber es gibt Stellen genug, in denen Ediktskommentare sich bei der Angabe zu erklärender Ediktsworte nachweislich von der anderweitig im Zusammenhang erhaltenen Fassung entfernen, indem sie (nicht erst Schreiber oder Kompilatoren) durch die Aufgabe erlaubte Abkürzungen vornehmen, z. B. 7 p D 4, 3 (cf. 1 § 1). 26 § 4 D 4, 6 (cf. 1 § 1). 1 § 3 D 11, 5 (cf. 1 p). 1 § 6 D 39, 4 (cf. 1 p). 1 § 10 D 43, 5 (cf. 1 p). 1 § 3 D 43, 9 (cf. 1 p). 1 § 3 D 43, 18 (cf. 1 p). 1 § 6 D 43, 27 (cf. 1 p).

bon. possessor Gesagte als nicht weniger für den heres gültig werde verstanden werden.[1]) Also auch wenn das Edikt lautete: 'si per heredem bonorumve possessorem non stat, ut satisdetur', konnte der Kommentar sagen und zitieren: Quod ait praetor 'si per bonorum possessorem non stat', ohne den Schluß zu begründen, die Schranke der Satisdationspflicht gelte nicht vom heres, oder gar den Schluß, der heres komme als nicht zum Interdikt legitimiert nicht in Betracht.[2])

Die von Paulus zitierten Worte standen sicherlich nicht im Eingang der ediktalen Interdiktsformel, die vielmehr zunächst den Anlaß und den Gegenstand des Restitutionsbefehles und damit die Passiv- wie die Aktivlegitimation angab. Dann erst kam das Erfordernis der satisdatio des Klägers, womit sich Ulpian in 1 § 16 sqq. befaßt.[3]) Der wirklichen satisdatio steht nun nach Paul. 2 § 1 cit. gleich das 'si per bonorum possessorem non stat, ut satisdetur'. Und eben die Tatsache, daß die Kaution des Interdiktenklägers wie ihr nicht durch ihn bewirktes Ausbleiben eine sekundäre Voraussetzung des Interdikts bildet, macht das paulinische Ediktszitat ungeeignet, eine Argumentation e contrario über einen Punkt zu tragen, der dem vorangehenden Hauptteil des Formulars angehört. Es kann vielmehr das von Paulus kommentierte Ediktsstück den heres enthalten haben, und Paul. konnte dies auslassen, weil es für den von ihm erörterten Punkt ohne Bedeutung war.

Denn daß Paulus den heres keineswegs vom Int. Quod leg. ausschloß, daher auch nicht durch sein Ediktszitat als

---

[1]) Übrigens kann das Ediktszitat auch von den Kompilatoren abgekürzt worden sein, wie sie in 1 § 7 h. t. wahrscheinlich vor 'aut' weggelassen haben 'possidet', woran § 8 mit 'Unde est quaesitum etc.' anknüpft, während jetzt diesen Worten die Anknüpfung fehlt. — [2]) Beim Ediktszitat ist ferner vor 'si' ein 'aut' weggelassen, durch welche Partikel das vorliegende Zitat verbunden war mit dem von Ulp. in 1 § 16 h. t. gegebenen: 'si satisdatum est' (in der Überlieferung 'nisi — sit'). Und bei diesem Zitat hat Ulp. wahrscheinlich die Worte 'eo nomine' (Lenel, Edictum[2] S. 473[9]) und 'tibi' ausgelassen. — [3]) Quod de bonis L. Titi legatorum nomine non voluntate . . . possides quodque dolo malo fecisti, ut desineres possidere, id, si eo nomine tibi satisdatum est aut si per heredem bonorumve possessorem L. Titi non stat, ut satisdetur, A. Agerio restituas. Vgl. oben S. 108[5] u. vorige Anm.

ausgeschlossen angesehen wissen wollte, ist nach der von ihm selbst herrührenden 1 § 11 D 35, 2 gewiß, indem er dort einen heres als Klagberechtigten im Auge hat (S. 91 f.). Anderenfalls hätte er sich auch in einem Widerspruch zu seinem Zeitgenossen Ulpian befunden, der in 1 D h. t. sowohl den heres allein wie den heres neben dem bonorum possessor als klagberechtigt auftreten läßt, ein Widerspruch, der doch nicht unerwähnt geblieben wäre. Und solchen Widerspruch kann man nicht, wie Leist a. a. O. tut, mit der Bemerkung entfernen, Paulus habe „bei Besprechung der einzelnen Fragen einfach an die äußerlich noch immer festgehaltenen Ediktsworte angeknüpft, während die Darstellung des Ulpian umgekehrt das materiell bestehende Recht vor Augen habe". Das ist nicht bloß eine unwahrscheinliche Lösung einer unwahrscheinlichen Schwierigkeit, das heißt vielmehr den Juristen Paulus eines Verhaltens zeihen, das die Irreführung des Lesers bewirken kann. Da nämlich, wie Leist mit den Älteren annimmt, Paulus nicht minder wie Ulpian auch den heres als legitimiert betrachtete, so durfte er in seinem Ediktszitat nur dann es bei dem bonorum possessor bewenden lassen und sich einer Erklärung dessen enthalten, wenn es nach seiner vorangehenden Darstellung und Besprechung des Ediktsformulars für den Leser klar war, daß das Interdikt sowohl dem heres als dem bon. possessor zustehe, und daß daher das Zitat dem geltenden Recht nicht mehr entspreche.

Noch unglaubwürdiger als die Leistsche ist die Annahme, welche hier von den Anhängern der Meinung gemacht werden muß, daß Paul. wie Ulp. die Legitimation des heres nicht gekannt, und solche erst die Kompilatoren Justinians dem heres verliehen haben. Denn während die Kompilatoren zu diesem Zweck im Ulpianstück unseres Titels eine Reihe von Stellen interpoliert, nämlich den heres eingefügt oder für den bon. possessor gesetzt haben sollen, müßten sie im Paulusstück — das sie in den gleichen titulus, unmittelbar nach dem ulpianischen Fragment aufnahmen — die Tatsache, daß bloß der bonorum possessor erwähnt ist, übersehen und gar zweimal übersehen haben.[1]) —

[1]) Girard l. c. „la citation d'un débris de l'interdit qu'on a oublié d'interpoler. Zu dieser unglaubhaften Gedächtnisschwäche vgl. unten S. 148. 151.

Die andere Stütze für die Ansicht von der ursprünglichen Beschränkung der Aktivlegitimation auf den bon. possessor wird einem Teil von Vat. 90 entnommen; einem Teile, denn die größere Partie des § 90, von den Worten 'si usufructu' bis zum Schlusse des Paragraphen (S. 108f.), gehört, da sie sichtlich bloß von der Passivlegitimation handelt, nicht hierher, ist für den Umfang der Aktivlegitimation unverwertbar. Für diese kommt nur der vorangehende kürzere Teil in Betracht: ... libro I de interdictis sub titulo 'in eum qui legatorum nomine, non voluntate eius cui bonorum possessio data erit, possidebit'. Die Worte 'in eum ... possidebit' bilden hiernach eine im 1. Buch eines Interdiktenwerkes enthaltene Rubrik, unter welcher das Int. Quod leg., insbesondere die Frage nach der Belangbarkeit des Usufruktuars behandelt wurde.[1]) Wir haben jedoch keinen ausreichenden Anhalt dafür, daß diese Rubrik ursprünglich nicht vom Verfasser des Interdiktenwerkes selbst herrühre. Namentlich läßt sich nicht der Beweis erbringen, daß jene Passage dem prätorischen Album entlehnt sei, oder daß wir, wie Keller sagt, hier den 'Wortlaut des Edikts' vor uns haben. 'Ediktal' wie andere sagen, könnten sie sein: a) als Bestandteil des Interdiktsformulars — indessen ist dies dadurch ausgeschlossen, daß der Legatsbesitzer, an den der Restitutionsbefehl ergeht, in jenen Worten nicht in der zweiten, sondern in der dritten Person erscheint; b) als Bestandteil einer prätorischen Verheißung des Interdiktes — hierfür fehlt jeder Anhaltspunkt, wie ihn z. B. der Zusatz 'ex edicto meo' vor 'bonorum possessio' gewähren würde; c) als Rubrik des prätorischen Albums. Auch dafür mangelt jedes Zeugnis und es läßt sich nur die Möglichkeit für nicht ausgeschlossen erklären.[2]) Ver-

---

[1]) 'Titulus' bedeutet hier wie immer in der Verbindung 'sub titulo' Rubrik (z. B. Vat. 91—93. 195 § 3 D 50, 16. 1 p § 1 D 12, 1 und oft in Coll.), wofür auch 'sub rubrica' gesagt wird in Vat. 227 und 2 § 3 D 43, 1. Die Bedeutung 'Abschnitt' ist natürlich mit der vorigen verwandt z. B. 1 D 4, 1. S. ferner Voigt, Condictiones S. 52. 59 60. Röm. RG. II 190[44]. — [2]) Wahrscheinlich lautete die Rubrik des Albums schon des beschränkten Raumes wegen kürzer 'Quod legatorum'. Eine in einem Ediktskommentar (S. 143 4) vorkommende Rubrik braucht nicht dem prätorischen Album zu entstammen, vgl. Lenel, Edictum[2] S. 177.

gleicht man zudem die Rubrikworte 'voluntate eius cui bon. poss. data erit' mit Ulp. 1 § 11 D h. t.: Quod ait praetor 'voluntate eius, ad quem ea res pertinet' und setzt man voraus, daß diese Aussage vom Prätor demselben nicht falsche Worte in den Mund legt, so wird man die besagte Rubrik in keinem Sinne für ediktal halten, mag sie gleich einige Wendungen mit dem ediktalen Interdikte gemein haben.

Wie dem auch sei, so ist zunächst festzustellen, daß der einschlagende Teil von Vat. 90 nicht ausspricht, zu unserem Interdikt sei nur der bon. possessor legitimiert; sondern dieser engere Umfang der Legitimation wird von Neueren daraus geschlossen, daß das Nichtwollen des bon. possessor und nicht auch des heres angegeben ist. Die so durch Folgerung gewonnene Ansicht vom Umfang der Aktivlegitimation kann aber nur den Wert einer Hypothese haben. Denn es ist mit der Möglichkeit zu rechnen, daß durch einen Fehler, sei es des Schreibers der vatikanischen Handschrift, sei es schon des Herstellers der Sammlung die Rubrik einen engeren Inhalt erhalten habe, als ihr der Verfasser des Interdiktenwerkes gegeben hatte, bei dem sie etwa lautete: in eum qui legatorum nomine non voluntate heredis eiusve cui bon. poss. data erit, possidebit. Den Schreiber anlangend ist zu erinnern, daß die palimpseste Hs. nach Mommsen (Praef. seiner Ausgabe in Coll. libror. jur. antej. III 4) ins Ende des 4. oder in das 5 Jh. fällt. Bethmann-Hollweg bemerkt im Bonner Corpus juris antej. zu §§ 90—92 seiner Ausgabe der fr. Vat.: Scripturam Vaticani cod. in his §§ minus distinctam esse testatur Blume. In der Tat ist gleich im ersten Satz von § 90 nach dem titulus das wichtige 'non' vor 'competit' ausgelassen worden (vgl. S. 108[6]) und liegt der folgende Satz in einem leidigen Zustande vor. Man darf daher mit der Möglichkeit rechnen, daß der Schreiber im Rubriksatze etwas versehen oder ausgelassen habe. — Weiter kommt in Anschlag, daß die fragliche Stelle des Juristenwerkes nicht direkt überliefert ist wie die veroneser Institutionen des Gajus, sondern als Bestandteil einer Sammlung, einer Kompilation, die zwischen der Zeit der Abfassung jenes Juristenwerkes und der Zeit der Niederschrift unserer Hs., wahr-

scheinlich im 4. Jh. hergestellt worden ist.[1]) Die Arbeit des Kompilators zeigt sich nicht bloß in der Zusammenstellung verschiedenartiger Quellen (Konstitutionen und Juristenschriften) wie in der Verbindung getrennter Stücke des Interdiktenwerkes (Vat. 90—93), sondern auch in § 90 selbst; denn dieser besteht aus der Erörterung eines besonderen Falles von Passivlegitimation und aus einer das Interdikt betreffenden Überschrift, welche mit den Worten 'sub titulo' eingeleitet wird. Diese zwei Worte rühren vom Kompilator her. Denn der Verfasser des Exzerptes kann nicht selbst von sich gesagt haben, daß er sub titulo 'in eum ... possidebit' die Erörterung, 'Si usufructu ... utereris fruereris' gebe. Bedenkt man, daß es dem Kompilator in seinem Abschnitt De usufructu hier nur auf die Frage der Belangbarkeit des Usufruktuars ankam, daß er mit der Rubrik nur die Herkunft des diese Belangbarkeit erörternden Exzerptes und das Rechtsmittel bezeichnen wollte, so könnte er bei der Reproduktion der Rubrik etwas versäumt haben: die Genauigkeit in der Angabe der Aktivlegitimation hatte ja für seinen Hauptzweck kein Interesse.

Den vorstehenden Hinweisen auf die Möglichkeit, daß die Überlieferung der Rubrik in Vat. 90 mangelhaft sei, ließe sich der eine oder andere noch beifügen. Indessen genügen sie zur Begründung der Annahme, daß der auf diese Rubrik gestützte, e contrario gezogene Schluß auf Beschränkung der Aktivlegitimation bloß eine Vermutung ergibt. Um haltbar zu sein, muß diese sich in Einklang mit der sonstigen Überlieferung setzen lassen. Es hat sich aber (S. 129—31) gezeigt, daß nicht wenige Quellen die Legitimation des heres, andere die des heres neben der des bon. possessor dartun und wieder andere keinen Unterschied machen. Den Einklang mit diesen Quellen, welche gegen eine Beschränkung der Legitimation auf den bon. possessor sprechen, hat man nun auf dem natürlichen Wege gewonnen, eine geschichtliche Entwicklung vorauszusetzen. Die Einen lassen diese Änderung zwischen der Abfassung des in Vat. 90 exzerpierten Inter-

[1]) Näheres bei Kipp, Gesch. d. Quellen[3] S. 150. S. auch Costa, Storia delle fonti p. 118[2].

diktenwerkes und der der erwähnten, den heres zulassenden Stellen eintreten, wobei die Echtheit der letzteren unangetastet bleibt. Die Anderen verlegen die Änderung in Justinians Zeit, indem sie die auch den heres als klagberechtigt angebenden Quellen für ursprünglich mit Vat. übereinstimmend und erst durch die justinianischen Kompilatoren so interpoliert erklären.

Eine oder die andere Entwicklung muß aber nachgewiesen oder wahrscheinlich gemacht werden können, wenn die auf Vat. gebaute Hypothese annehmbar sein soll, m. a. W. die Annahme der ursprünglichen Beschränkung ist nur dann wahrscheinlich, wenn die der späteren Ausdehnung wahrscheinlich gemacht werden kann. Prüfen wir daher jene zwei Entwicklungen.

Soll die erstgenannte zutreffen, so müßten die Digestenstellen mit der weiteren Legitimation alle jünger sein, als die in Vat. 90 vorliegende. Jene Stellen rühren von Gaius, Scaev., Marcian., Ulp. und Paul. her. Der Verfasser des in Vat. genannten Werkes 'de interdictis' wird nicht genannt, muß daher gesucht werden. Als Urheber von Spezialwerken de interdictis sind nur Venuleius und Arrianus bekannt; und daß der Kompilator der fr. Vat., der sonst bloß Schriften der berühmtesten Autoren auszieht, hier eine eines uns fremden exzerpiert habe, ist so unwahrscheinlich, daß damit nicht gerechnet zu werden braucht. Es scheiden aber Venul. und Arrian. aus systematischen Gründen wieder aus, d. h. weil ihre Stoffverteilung nicht mit der des anonymen Werkes harmoniert.[1]) Man muß sich daher nach einem namhafteren Autor und einem anderen als einem Spezialwerk de interdictis umsehen. Die Aufschrift libro I de interdictis hindert nicht, an den Teil eines Ediktkommentars zu denken, besonders in Anbetracht von Vat. 266 mit der inscr. 'Ulp. lib. I

[1]) Wegen Venul.s. Lenel, Edictum² S. 436[17]. Arrian. wird in 1 § 4 D h. t. ohne Angabe von Werk und Buchzahl zitiert gemäß Ulpians Verhalten in den späteren Büchern seines Ediktskommentars (Jörs in Pauly-Wissowa, Real-Enzykl. V 1501. 1504). Nach 11 p D 5, 3 darf aber angenommen werden, daß Arrians Erörterung des Int. Quod leg. nicht in seinem lib. 1 de interd. vorkam, während Vat. 90 inscribiert ist mit 'libro I de interdictis'.

ad edictum de rebus creditis'.[1]) Es könnten auch Separatausgaben von Teilen der großen Ediktskommentare kursiert haben mit besonderer Buchzählung, und 'ad edictum' wäre in unserer inscriptio ausgefallen.[2]) Da nun in Vat. § 93, der doch wohl vom gleichen Autor wie § 90 stammt, Pedius zitiert wird, auf den sich nur Paul. und Ulp. berufen[3]), so ist die Annahme, Vat. 90 sei von Paul. oder Ulp. verfaßt, nicht bloß zulässig, sondern die nächstliegende.[4]) Mit ihr stimmt überein, daß der vatikanische Abschnitt de usufructu, vielleicht von den Resten der §§ 64[a]—67 abgesehen, juristische Exzerpte nur von Paul. und Ulp. enthält. Mit diesem Ergebnis ist aber die vorausgesetzte Entwicklung unvereinbar. Die Aktivlegitimation, wie sie aus der überlieferten Rubrik (Vat. 90) geschlossen wird, kann nicht einer älteren Stufe angehören und erst in der Folge den Ulp. (1 D. h. t.) wie Paul. (1 § 11 D 35, 2) geläufigen, den heres umfassenden Umfang erhalten haben, wenn doch Vat. 90 selber samt der Rubrik ulpianisch oder paulinisch ist. —

Zum Beweis der anderen, erst der justinianischen Zeit zugeschriebenen Entwicklung, die zur Interpolation der Digestentexte geführt haben soll, ist folgendes geltend gemacht worden: 1. Zuvörderst soll 1 § 11 D h. t. interpoliert sein. Liest man jetzt: Quod ait praetor 'voluntate eius, ad quem ea res pertinet' ita erit interpretandum . . ., so sollen die Worte 'ad quem ea res pertinet' an die Stelle des „ediktalen" non voluntate eius, cui bonorum possessio data erit gesetzt worden sein, wie in Vat. 90 zu lesen ist. Indessen

[1]) Mommsen in Coll. libr. jur. antej. III 10 und Ferrini bei Lenel, Paling. II 1230[1]. Krüger, Gesch. der Quellen S. 300[21] und vornehmlich Voigt, Röm. RG. II § 88 Anm. 251. 252. — [2]) wie in der subscriptio 'de iudiciis lib. II' des Berliner Fragments: Krüger a. a. O. S. 249. Coll. lib. jur. antej. III 299. — [3]) Krüger a. a. O. 172/73. Lenel, Paling. II 1—10. Vgl. auch Jörs a. a. O. 1485. 1486. 1500 a. E. — [4]) 1 § 8 i. f. D h. t. steht der ulpianischen Autorschaft nicht entgegen: denn die dortige Zulassung des interd. directum im Gegensatz zum utile in Vat. 90 kann von einem Eingriff der Kompilatoren herrühren: S. 110[1]. Entbehrlich ist dieses Auskunftsmittel, wenn man Ulp. als Verfasser fallen läßt. Ihm wurden schon von Zimmern und Buchholtz die §§ 90—93 zugeschrieben, während Schrader auf Ulp. oder Paul. verweist. Näheres bei Buchholtz, Vat. fragmenta (1828) p. 298.

— abgesehen davon, daß der ediktale Ursprung der letzteren Fassung nur vermutet, die erstere dem Prätor wirklich zugeschrieben wird (S. 141)[1]) — ist mit dem Hinweis auf eine Divergenz der Digesten und der fr. Vat. die Interpolation der Digesten nicht immer entschieden. Denn blieben gleich die in Vat. zusammengestellten Texte der Kaiser und der Juristen von Interpolationen nach Art der tribonianischen verschont (Krüger, Gesch. der Quellen S. 301[34]), so können doch die von ihrem Kompilator aufgenommenen Überschriften absichtliche oder versehentliche Änderungen erfahren haben. In unserem Falle aber soll die Annahme der Interpolation von 1 § 11 cit. durch zwei Umstände bestätigt werden:

a) dadurch, daß der Prätor hier keinen Anlaß hatte zur Verwendung des „so auffallend farblosen" 'eius ad quem ea res pertinet'. Allein auffallend wäre vielmehr, daß die Kompilatoren, falls sie die Worte 'eius cui bon. possessio data est' vorfanden, diese nicht einfach stehen gelassen und nur mit den Worten 'heredis (eius)ve' ergänzt haben. Der Prätor seinerseits hatte guten Grund sich der Worte 'eius ad quem ea res pertinet' zu bedienen, wenn er damit alle aktiv Legitimierten zusammenfassen, den heres wie den bon. possessor und vielleicht auch noch den Universalfideikommissar (S. 129[1]) bezeichnen wollte.[2]) Ferner kehrt der angefochtene Ausdruck noch viermal wieder (in 1 §§ 14, 15), was wohl begreiflich ist, wenn er ediktal war, nicht aber, wenn er ein 'eius cui bon. possessio data est' ersetzen sollte; denn dann hätte es geringere Mühe gemacht, statt des Letzteren 'heredis' zu setzen, was für beiderlei Erben stehen konnte (S. 135[1]), oder ein 'heredis . . . ve' einzuschieben. Und gar das 'Si alter ex heredibus iisve, ad quos ea res pertinet' (§ 15): dieser Überfluß ist wohl begreiflich bei Echtheit, indem der Jurist sagen wollte: einer der heredes oder derjenigen, welchen sonst die Sache gehört[3]). Nimmt man da-

[1]) Stintzing, Beitr. z. röm. RG. S. 77 scheint die Fassung von 1 § 11 cit. gegen Lenel für ediktal erklären zu wollen. — [2]) Das Interdikt begann danach: Quod de bonis L. Titi legatorum nomine non voluntate A. Agerii, ad quem ea res pertinet, possides . . . Vgl. S. 138[2] — [3]) Vgl. Lex Malacit. 65: heredesque eorum iique, ad quos ea res pertinebit.

gegen an, Ulpian habe geschrieben: Si alter ex iis, quibus bonorum possessio data est, dann hätte die vorliegende Fassung nur bei Kopflosigkeit der Kompilatoren entstehen können (S. 148). Dazu kommt nun noch, daß das angefochtene 'ad aliquem pertinere' gerade dem Ediktsstil geläufig ist.[1]) Seine Farblosigkeit darf daher hier nicht auffallen, zumal es im Edikt gerade zur Bezeichnung der Erben und der beiden Erbenarten verwendet wird: Verba haec 'is ad quem ea res pertinet' sic intelleguntur, ut qui in universum dominium vel iure civili vel iure praetorio succedit, contineatur. 70 i. f. D 50, 16 cit.[2])

b) dadurch daß in den Fragmenten des ulpianischen Kommentars zwar ausführlich die Worte 'non voluntate eius' erläutert seien (1 §§ 11, 12, 14, 15 h. t.), nicht aber das doch sehr erläuterungsbedürftige 'ad quem ea res pertinet'. Allein das letztere wird in der Tat interpretiert und hinreichend interpretiert durch die Worte 'post aditam hereditatem vel bonorum possessionem adgnitam', welche den Leser lehren, daß das pertinere eam rem ad aliquem durch aditio hereditatis oder adgnitio bonorum possessionis hergestellt wird. Durch diese Angabe findet erst der Ediktspassus seine Erklärung, und umgekehrt ist erst dieser Ediktspassus erklärungsbedürftig, indem bei 'voluntate eius, ad quem ea res pertinet' die Zeit der Einwilligung dunkel ist: es kann damit auch bloß das Deferiertsein, also die Zeit vor dem Erwerb gemeint sein. Hätte dagegen das Edikt gelautet: 'non voluntate eius, cui bonorum possessio data est', dann würde kaum zweifelhaft gewesen sein, daß die Einwilligung des bonorum possessor Gewordenen verneint werde, und der

[1]) Sein Gebrauch in Edikten und ediktalen Stipulationen zeigt sich in 4 D 2, 13. 33 § 3. 39 § 2 D 3, 3. 12 § 2 D 11, 7. 7 D 12, 2. 19 § 5 D 21, 1. 1 § 10 D 25, 4. 1 p. 12 § 1 D 39, 4. 9 p, § 3 D 42, 5. 53 § 1 D 44, 7 (Lenel, Paling. I, 735[1]). 3 p D 47, 12. 70 D 50, 16 (Lenel l. c. I 1090/91). Vgl. Longo l. c. p. 196/97: non v' è dubbio che fosse comune nelle leggi, negli editti e nelle stipulazioni (mit Belegen). — [2]) In der Sprache der justinianischen Verordnungen einschließlich der Institutionen, soweit diese von Just. herrühren, kommt die Wendung 'is ad quem ea res pertinet' zur Bezeichnung des Erben und überhaupt nicht vor. Longo, Vocab. delle costituzioni latine di Giust. in Bull. dell'istituto X. Auch dies spricht gegen ihre tribonianische Herkunft.

vor Erteilung der b. p. geäußerte Wille die Anstellung des Interdikts nicht hindere, es würde also des Kommentars (§ 11) nicht bedurft haben. So läßt gerade der ulpianische Kommentar ersehen, daß er sich auf die überlieferten Ediktsworte (voluntate ... pertinet) bezieht, und schließt er hierdurch den Zweifel an der Echtheit wie die Annahme einer Interpolation aus.

2. Sodann sollen die justinianischen Kompilatoren in mehreren Stellen des ulpianischen Kommentars (1 D h. t.) „den heres neben den bonorum possessor eingefügt oder gar diesen durch jenen ersetzt“ haben. Gewiß mußten die Kompilatoren, wenn sie Texte vorgefunden hätten, die nur den bon. possessor als klagberechtigt hinstellten, und sie die Aktivlegitimation auf den heres ausdehnen wollten, die Texte verändern. Warum sie aber dann den bon. possessor gestrichen und durch den heres ersetzt haben, ist schwer zu verstehen und um so schwerer als sie in anderen Stellen den heres dem stehen gelassenen bon. possessor hinzugefügt haben sollen. Schon daß sie übermäßigerweise den Erben ausgewechselt und daß sie zweierlei Verfahren beobachtet haben sollen (Ersetzung und Beifügung), macht gegen die Unterstellung der Interpolation mißtrauisch. Dazu kommt, daß in den Stellen, welche bloß den heres nennen, nicht das geringste auf eine Textänderung hinweist.[1]) Solche wird vielmehr nur deshalb angenommen, damit die auf Vat. 90 gegründete Vermutung vorjustinianischer Beschränkung der Aktivlegitimation bestehen könne. Und das gleiche gilt von den Stellen, welche heres neben bonorum possessor zeigen (S. 130/31) und 1 § 15 h. t. (S. 145, 146). Von 1 § 3 D 43, 3 insbesondere — Hoc interdictum et heredem heredis bonorumque possessoris habere — ist noch folgendes zu sagen. Wenn das Interdikt dem heres des bon. possessor und diesem heres selbst dann zusteht, wenn die Voraussetzungen seiner

[1]) 1 § 2 h. t.: non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi — ab herede petere — redigit igitur ad heredes (daß dieser Plural nicht zum folgenden 'eum' stimmt, ist für den Zweifel an der Echtheit der Stelle belanglos, gegen Ubbelohde a. a. O. S. 144[14]). 1 § 5 h. t.: quia portio legis Falcidiae apud heredem ipso iure remanet. Vgl. oben S. 135[2] (Leist).

Anstellbarkeit erst in der Person dieses heres alle erfüllt sind[1]), so muß wohl der unmittelbare heres des Testators erst recht legitimiert gewesen sein. Daher dürften die Vertreter seines vorjustinianischen Ausschlusses die Interpolation nicht auf das 'heredis bonorumque possessoris' beschränken, sondern hätten auch das 'heredem' im Eingang der Stelle für gefälscht zu erklären. Eine nicht minder umständliche Interpolation wäre für 1 § 15 cit. anzunehmen. Fanden hier die Kompilatoren den Text vor: 'Si alter ex bonorum possessoribus' (Lenel, Paling. II 802[5]), so müßten sie sich nicht damit begnügt haben 'heredibus' und 've' einzuschalten, sondern müßten 'bonorum possessoribus' gestrichen und es durch 'ex heredibus iisve, ad quos ea res pertinet' ersetzt haben, was doch die bon. possessores umfaßte (S. 145, 146) — eine solche Arbeitsverschwendung ist unglaubwürdig. Und dies noch mehr, wenn man den Kompilatoren imputiert, daß sie 2 § 1 D h. t. zu interpolieren vergessen haben (S. 139[1]).

3. Weiter sollen die Kompilatoren in 1 § 4 D h. t. ungeschickterweise das von Ulp. genannte Int. Quorum bonorum durch die hereditatis petitio verdrängt haben.[2]) Indessen gibt es für diese Verdrängung keinen Beweis.[3]) Aber auch wenn sie erfolgt wäre, würde dies nicht beweisen, daß im vorjustinianischen Recht das Int. Quod leg. auf den bon. possessor beschränkt gewesen sei. Denn Ulpian (Arrianus) konnte gerade solche Fälle zweifelhafter Passivlegitimation im Auge haben, in denen der Kläger bon. possessio erlangt gehabt hatte.[4]) Der Rat, solchenfalls das Int. Quorum bonorum

---

[1]) Schmidt, Interdiktenverfahren S. 137. Ubbelohde a. a. O. S. 162/63. Der klagberechtigte Erbe des ursprünglich belasteten Testamentserben kann auch dessen Intestaterbe sein. — [2]) Quia autem nonnumquam incertum est, utrum quis pro legato an pro herede vel pro possessore possideat, bellissime Arrianus scribit hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut, sive quis pro herede vel pro possessore sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur —. — [3]) a. M. Lenel, Edictum[2] S. 437[3]: „Das stehen gebliebene hoc interdicto beweist, daß der Jurist eine Kombination der beiden Interdikte im Sinne hatte." Allein das hoc interdicto (sc. Quod legatorum) paßt bei einer Kombination der zwei Interdikte nicht besser als bei einer Kombination von hereditatis pet. und int. Quod leg. — [4]) Wegen Ungewißheit der Passivlegitimation s. S. 113. 114[5], vgl. S. 123 oben.

und zugleich das Int. Quod leg. anzustellen, würde dann nicht besagt haben, daß das Int. Quod leg. nicht einem heres zustehe. Und so brauchten auch die Kompilatoren den Rat nicht aufzufassen, daher sie durchaus nicht wegen des Int. Quod leg. zur Interpolation schreiten mußten.[1] Hat aber — woran bis auf weiteres festzuhalten — Ulpian (Arrianus) so geschrieben, wie zu lesen steht: hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, dann waren zwei Rechtsmittel zusammengespannt, die beiderlei Erben zustehen.[2] Und indem die hereditatis petitio (und nicht das Int. Quorum bonorum) empfohlen wurde, war damit auch für den bloßen heres gesorgt. Die Nichterwähnung der her. petitio hingegen wäre auffallend gewesen, und wer unterstellt, daß sie im ulpianischen Text gefehlt habe, müßte einen Grund dafür wissen. Denn sie konnte dastehen, selbst wenn in den Augen des Verfassers der Stelle ein heres das Int. Quod legatorum nicht anzustellen vermochte.

4. Am Eingang der Titel, welche im 43. Buch der Digesten die einzelnen Interdikte behandeln, steht in der Regel eine Stelle aus Ulpians Ediktskommentar, die das Interdikt im Wortlaut anführt. Hiervon machen die Titel vom Int. Quod leg. und vom Int. Salvianium Ausnahmen. „In jenem ersteren Titel aber ist die Anführung des Interdiktswortlauts ohne allen Zweifel deshalb unterblieben, weil die Kompilatoren das materielle Recht des Interdikts änderten, indem sie seine Anwendungssphäre erweiterten".[3] Indessen sind doch nicht alle Zweifel ausgeschlossen, und wenn man auch nicht weiß, aus welchem Grunde der vollständige Wortlaut unseres Interdikts nicht angeführt worden ist, so läßt sich doch wahrscheinlich machen, daß die Beschränkung des Interdikts auf den bon. possessor nicht der Grund gewesen

---

[1]) im Gegensatz zu Ubbelohde a. a. O. S. 33: „Zu den hierdurch (sc. die Ausdehnung der Legitimation auf den heres) gebotenen Interpolationen." Longo l. c. p. 181. 191. — [2]) Wegen der her. pet. possessoria s. Lenel, Edictum[2] S. 175f. — [3]) Lenel in dieser Zeitschr. III 182. H. Appleton, Interpolations p. 191. Von Lenel, Edictum S. 361 (1. A.) S. 436f. (2. A.) und den späteren Vertretern der neuen Lehre wird obiges Argument nicht gebraucht. Seine Anwendbarkeit beim Int. Salv. (Lenel, Edikt[2] S. 470) kann hier dahingestellt bleiben.

sei. Denn trotz derselben hätten die Kompilatoren den Wortlaut ebensowohl angeben können, wie sie den des Int. Utrubi (43, 31) mitteilten, das doch so wie es lautet in Justinians Zeit antiquiert ist. Neben der Angabe des Wortlauts hätten sie auch die (wie vermutet wird) von ihnen herrührende Erweiterung eingestehen können, gerade wie sie nach Vorführung des Int. Utrubi erklären, daß der Streit um den Mobilienbesitz nicht mehr nach jenem Interdikt, sondern nach den Bedingungen des Immobilienbesitzes entschieden werde. Und wenn sie (wie die neue Lehre unterstellt) viele Stücke von Ulpians Kommentar zu unserem Interdikt und selbst des Prätors Worte interpoliert haben, dann brauchten sie vor der Interpolation des aufzunehmenden Interdiktformulars nicht zurückzuschrecken, zumal dessen Änderung mit zwei Worten ausführbar gewesen wäre. Haben sie sich doch nicht gescheut, das Int. Unde vi des hadrianischen Albums zu verändern[1]) und damit eine weit größere Interpolation vorzunehmen, als für das Int. Quod leg. — dessen Beschränkung auf den bon. poss. vorausgesetzt — nötig gewesen wäre. Nach alledem scheint mir die Nichtaufnahme des Interdiktwortlautes am Eingang von D. 43, 3 der bewußten Hypothese eine sichere Stütze nicht zu gewähren. —

In vorstehenden sind die Gründe geprüft worden, auf welche die neue Ansicht von der Aktivlegitimation zum Int. Quod leg. gestützt wird (vgl. S. 137. 143). Durch diese Gründe wird die behauptete geschichtliche Entwicklung nicht bewiesen. Namentlich ist die angebliche Ausdehnung der ursprünglich beschränkten Aktivlegitimation ohne Anhalt in den Quellen und im höchsten Grade unwahrscheinlich. Damit verliert auch die Vermutung, daß das Interdikt dereinst dem heres versagt gewesen, Anschluß und Halt. Nunmehr sind noch die Argumente anzuführen, welche sich der neuen Lehre entgegensetzen.

1. In 1 § 11 D 35, 2. 26 p. eod. 17 D 33, 2. 11 D 36, 3. 40 D 46, 3 haben wir Stellen, welche sich auf das Int. Quod leg. beziehen (S. 91—103) und den heres als klagberechtigt betrachten (S. 130. 131), indem sie ihn nennen oder einschließen.

---

[1]) Lenel, Edictum[2] S. 445 f.

Da sie auch keine Andeutung von Erteilung der bon. possessio machen[1]), so bilden sie ebensoviele Zeugnisse für die Aktivlegitimation des heres in der Zeit von Gaius bis Marcian oder Paulus — man hätte sie denn als interpoliert anzusehen. Allein für solche Ansicht liefern sie nicht das kleinste Indiz, daher ja auch Anhänger der neuen Lehre, wie Schirmer und Ubbelohde, bei einigen von den zitierten Stellen den Interpolationsverdacht ausdrücklich abgelehnt und sich durch Verneinung des Int. Quod leg. zu halten gesucht haben.[2]) Gegen den Interpolationsverdacht sind aber alle jene Stellen dadurch geschützt, daß die zerstreuten Punkte, wo sie sich finden, so weit vom tit. D. Quod legatorum entfernt sind. Wenn schon hier, sozusagen im Domizil des angeblichen Interpolationsbedürfnisses das Gedächtnis die Kompilatoren im Stich gelassen haben soll (bei 2 § 1: oben S. 139[1]), so wäre es eine wunderbare Gedächtnisleistung gewesen, wenn sie an jenen entlegenen Stellen sich auf ihre Interpolationsaufgabe besonnen hätten.

2. Am 17. Dezember 293 erließen die Kaiser Diocletian und Maximinian an die Latina das als 1 C Quod legatorum 8, 3 erhaltene Reskript. Nach der allgemeinen Bemerkung, daß dem durch Legate überschwerten Erben hinreichend durch die lex Falcidia mittelst quartae retentio geholfen werde (S. 130), wenden sie sich dem vorliegenden Falle zu. Dieser bestand darin, daß ein Vermächtnisnehmer sich in den Besitz ihm vermachter Sachen gesetzt hat ohne die Einwilligung des belasteten Erben, welcher der Vater und, wie vorauszusetzen, Erblasser der Latina war (S. 131). Die ('unde' d. h. gemäß der allgemeinen Bemerkung erfolgende) Entscheidung geht dahin: secundum sententiam interdicti, quod adversus legatarios scriptis heredibus propositum est, oblata satisdatione, quam praestari oportet, in possessione constitui, ut ita retentione competenti utaris, experiri potes.

---

[1]) Pflüger in dieser Zeitschr. 18, 83 findet es „selbstverständlich", daß der in 1 § 11 cit. genannte heres auch bon. possessor sei. Selbstverständlich ist dies jedoch nur unter der Voraussetzung, daß erst die bon. possessio zum Int. Quod leg. legitimiert. — [2]) Man erinnert sich ihrer Anstrengungen, dem andringenden Int. Quod leg. zu entgehen (z. B. S. 103), die nur durch den parti pris verursacht sind, daß einem heres jenes Interdikt nicht zustehe.

Daß die Latina nicht schon secundum interdictum oder interdicti formam oder tenorem[1]) d. h. nach dessen Wortlaut oder unmittelbarem Inhalt, sondern secundum sententiam interdicti klagen kann, kommt daher, daß das Interdikt sich wörtlich auf legata bezieht ('adversus legatarios'), während hier möglicherweise fideicommissa gegeben sind (S. 124). Der belastete Erbe war nach Behauptung der Latina dem Testator sukzediert d. h. heres geworden und hatte die bon. possessio erlangt. Daß aber letzteres d. h. der Hinzutritt der bon. possessio für die Entscheidung nicht von Belang war, zeigt sich daran, daß die Entscheidung der bon. possessio nicht gedenkt, sondern vielmehr das Interdikt kennzeichnet als 'quod adversus legatarios scriptis heredibus propositum est'.[2]) Die scripti heredes bilden den Gegensatz zu den heredes ab intestato. Die Angabe, daß das Interdictum 'scriptis heredibus propositum est' ist eine Angabe über den ediktalen Wortlaut des Interdikts, wie ihn das öffentlich aufgestellte Album ersehen ließ.[3]) Mit der Wahrheit solcher Angaben über das Edikt und dessen Rechtsmittel nimmt es (wie sich schon bei 'secundum sententiam interdicti' gezeigt hat) die Kanzlei Diocletians ernst.[4]) Und die vorliegende Angabe stimmt mit denen der klassischen Juristen überein.[5]) Man hat darum allen Grund, die Äußerung des Reskripts für echt und nicht interpoliert zu halten. Außerdem liegt kein Anzeichen von Interpolation vor. Daß anderseits das Interdikt auch dem bonorum possessor proponiert war, wird

[1]) Vgl. 8 C 4, 26. 1 C 6, 17. 2 C 8, 2. 1 C 8, 6 (Bruns, Besitzklagen S. 55). Consult. 6, 18. — [2]) Man kann daher nicht, wie Ubbelohde S. 188, sagen, unter den Voraussetzungen des Interdiktes werde hier das bon. possessionem accepisse aufgeführt. — [3]) Andere diocletianische Konstitutionen, die 'proponi' von ediktalen Rechtsmitteln aussagen: 2 C 8, 9. 3 C 8, 30. 9 C 8, 46. — [4]) Lenel in Arch. für ziv. Pr. 78, 357/58 spricht von „der noch durchaus in den klassischen Traditionen arbeitenden Kanzlei Diocletians." Vgl. z. B. außer Anm. 1: 12 C 4, 26. 19 § 2 C 4, 32. 18 C 6, 2. 11 C 6, 20. 21 C 7, 16. 2 p C 7, 50. 5. 6 C 7, 75. 2 C 8, 9. 5. 6 C 8, 15. 3 C 8, 30. 8 C 9, 35. — [5]) Da das 'voluntate eius, ad quem ea res pertinet' bei Ulp. 1 § 11 D h. t. die scripti heredes umfaßt, und im letzten Teil des Formulars, bei der Schranke der Pflicht zur satisdatio, der heres wahrscheinlich vor dem possessor genannt war. Vgl. S. 138. 145.

durch das Reskript nicht verneint. Dagegen wird durch dasselbe bewiesen, daß schon nach dem julianischen Edikt unser Interdikt dem heres zugestanden hat, womit die Ansicht widerlegt wird, welche diese Legitimation erst unter Justinian aufkommen läßt.[1])

3. Allgemein ist man darüber einverstanden, daß das Int. Quorum bonorum bloß vom bon. possessor gebraucht werden konnte (Gai. 4, 144. 1 D 43, 2). In dieser Begrenzung der Aktivlegitimation soll nach der neueren Lehre jenem Interdikt bis auf Justinian oder doch auf Ulpian das Interd. Quod leg. gleichgestanden haben. Das müßte folglich für die jure civili berufenen und mit Legaten belasteten Erben ein Grund gewesen sein, sich die bon. possessio zu verschaffen. Gaius aber, wo er von der Berufung der Zivilerben, auch der Testamentserben (3, 33[b]), zur bonorum possessio spricht (3, 34), äußert sich über den Vorteil der Kumulation beider Erbfolgen also: Quibus casibus beneficium eius (sc. bon. possessionis) in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, ut is, qui ita bonorum possessionem petit, interdicto cuius principium est 'quorum bonorum' uti possit. Cuius interdicti quae sit utilitas, suo loco proponemus. Alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet iure civili. Hier ist vom Int. Quod leg. keine Rede, im Gegenteil geschieht dessen Ausschließung von der Gleichstellung mit dem Quorum bonorum durch die Worte 'in eo solo'. So konnte ein Gaius sich nicht aussprechen, wenn zu seiner Zeit das Int. Quod leg. so wie das Int. Quor. bonorum ein dem bonorum possessor vorbehaltenes Rechtsmittel gewesen wäre.[2]) Abermals wird uns somit bezeugt, daß zu diesem

[1]) Voigt, Röm. RG. II 840[52]. — Die Anhänger dieser Ansicht pflegen das Reskript nicht zu würdigen. Ubbelohde S. 175/76 bemerkt: „Sollte der Ausdruck 'scripti heredes' echt, d. h. nicht erst interpoliert sein, so hat doch sicherlich Diocletian darunter ausschließlich die bonorum possessores aus einem Testamente verstanden.“ Es ist aber nicht zu ersehen, worauf sich diese Versicherung gründet. — [2]) In 11 D 36, 3 gewährt er es denn auch dem Erben schlechthin (S. 99 f.). — Vgl. ferner Paul. in Coll. 16, 3, 5: quibus (sc. suis heredibus) bonorum possessio nis(i) propter praetoriam actionem non erat necessaria. Mit praetoria actio ist das Int. Quor. bon. gemeint; und jedenfalls sind es nicht zwei Rechtsmittel, welche vermöge der bon. poss. dem heres zustehen — im Einklang mit Gai. 3, 34 cit.

Interdikt schon in alter Zeit auch der bloße heres legitimiert war.

Vereinigen sich so, von verschiedenen Seiten kommend, die Quellenzeugnisse gegen die Haltbarkeit der Annahme ursprünglicher Beschränkung der Aktivlegitimation auf den bon. possessor, so ist obendrein an einiges Allgemeinere zu erinnern, das die ältere Ansicht noch einleuchtender macht.

Vor allem fehlt es der Lehre vom ursprünglichen Ausschluß des heres an einem halbwegs plausibeln Grunde für solche Ordnung, wenigstens ist in der Literatur keiner geltend gemacht worden. Alle Zwecke, welche Ubbelohde S. 142, vgl. 188/89 mit dem Interdikt verfolgen, alle Vorteile, welche er durch das Interdikt den Erben erlangen läßt (vgl. oben S. 133), haben nichts mit dem Unterschied von ziviler und prätorischer Erbfolge zu tun, gelten für den heres nicht weniger als für den bonorum possessor. Stillschweigend wird dies von Ubbelohde dadurch anerkannt, daß er bei Schilderung des Bedürfnisses oder des Nutzens des Int. Quod leg. einen beiderlei Erben begreifenden Ausdruck gebraucht [1]) oder beiderlei Erben nennt. [2]) Wenn, meint er, trotz aller Vorteile des Interdikts dieses dem heres versagt geblieben ist, so sollte „ohne Zweifel“ die Besorgnis vor der Okkupation des Legatars den heres zu ungesäumter Besitznahme veranlassen. Das ist freilich keine Begründung und erst recht kein Grund, warum es beim bon. possessor anders gehalten wurde. Diese Verschiedenheit wird denn auch nur konstatiert. [3]) Die Bevorzugung des bon. possessor und die Zurücksetzung des heres bleibt unerklärt.

Zu ihrer Erklärung kann man nicht etwa auf das Int. Quorum bonorum verweisen, welches sicherlich nur dem bon. possessor zusteht: wie dieses dem prätorischen Erben gegen den pro herede oder pro possessore possidens, so werde unser Interdikt dem prätorischen Erben gegen den pro legato

---

[1]) S. 141. 142: „Universalsukzessor des Erblassers“, „Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers“, „der belastete Universalsukzessor“. — [2]) S. 141: „Der bon. possessor ebenso wie der heres“, „dem bon. possessor wie dem heres“. — [3]) S. 143: „es erschien geboten“, den bon. possessor gegen die Gefahren der fremden Okkupation zu sichern, um ihm die agnitio bon. possessionis „tunlichst angenehm zu machen“.



possidens gegeben, und wie die Legitimationsschranke beim ersteren keiner Erklärung bedürfe, so auch nicht beim letzteren. Allein hier besteht doch der wesentliche Unterschied, daß das Int. Quorum bonorum nicht ein Rechtsmittel ist, das dem schon in die Rechtsstellung des Erben Gebrachten verliehen wurde, vielmehr wurde der Anfang dieser Rechtsstellung erst durch die Verleihung geschaffen. Die Erteilung der bon. possessio wurde sanktioniert durch die Erteilung des Int. Quorum bonorum, m. a. W. die Gewährung dieses Interdikts war die Gewährung der bon. possessio im Rechtssinn. Die weitere juristische Ausbildung und der Abschluß der Erbenstellung bestand in der Verleihung der ficticiae actiones, die hinfort mit der Agnition der b. p. gegeben war.[1]) Von all dem kann beim Int. Quod leg. nicht die Rede sein. Es bildet kein Seitenstück zum Int. Quor. bonorum und würde auch kein solches bilden, wenn es ursprünglich bloß dem bon. possessor zugestanden hätte. Denn es half nicht wie jenes die Rechtsstellung des prätorischen Erben begründen, sondern nur ihn in dieser Stellung beschützen, falls seiner Legatspflichterfüllung von Legataren vorgegriffen und er so in seinem Erbrecht beeinträchtigt wurde. Daß aber dieses Rechtsmittel dem heres, der gleichermaßen von Legataren beeinträchtigt werden konnte, versagt sein sollte, ist aus der Natur der bonorum possessio nicht ableitbar.

Es gibt allerdings einige Fälle, in denen ein bon. possessor, der nur dies ist und nicht auch heres ist noch sein kann, in die Lage kommt gegen Eigenmacht der Legatare aufzutreten, somit des Int. Quod leg. zu bedürfen. Das ist der Kontratabulant, der nach besonderem Edikt die parentibus, liberis oder dotis nomine hinterlassenen Legate zu entrichten hat (1 p D 37, 5); ferner der bon. possessor secundum tabulas, der in einem jure civili ungültigen, jure praetorio aufrechterhaltenen Testament eingesetzt und mit Legaten belastet ist (z. B. 12 p D 28, 3); drittens der bon. possessor sec. tab., der in einem jure civili gültigen Testamente sub condicione eingesetzt und mit Legaten belastet ist: er konnte pendente condicione nicht heres werden, sondern nur die bon. poss.

[1]) Vgl. A. Schmidt in dieser Zeitschr. 17, 327.

sec. tab. erlangen (z. B. 23 p D 28, 5. 5 p. 6. 12 i. f. D 37, 11. 8 p D 46, 5). Das wären Fälle, in denen ein Int. Quod leg. gerade für den bon. possessor Bedürfnis ist und ein heres nicht in Frage kommt. Aber ist es wahrscheinlich, daß das Interdikt um solcher Fälle und nur um solcher Fälle willen eingeführt worden sei? und konnte es dieses Bedürfnis nicht auch dann decken, wenn es schon ursprünglich auch dem heres zustand?

Das Interdikt richtet sich zweifellos gegen Legatsbesitzer, die dies nicht mit Willen des Erben geworden sind. Legata werden einem heres auferlegt. So sollte man, wenn je das Interdikt nicht beiderlei Erben zugestanden, erwarten, daß es zuerst dem heres und in der Folge auch dem bloßen bon. possessor verliehen worden sei.[1]) Wäre es anders, nämlich der heres ursprünglich nicht legitimiert gewesen, so wäre man in folgende Seltsamkeiten geraten. Hatte ein Vater gewaltuntertänige Kinder instituiert und emanzipierte präteriert, dann konnten, bis sich das Verhalten der Letzteren entschieden hatte, die Ersteren gegen eigenmächtige Legatare nicht vorgehen; wenn sie aber commisso per alios edicto selber das Testament im Stich gelassen und bon. poss. contra tab. erlangt hatten, dann hätten sie sich des Interdikts bedienen können. Ferner war die bon. poss. sec. tab. vielleicht anfänglich nicht konfirmatorisch d. h. nicht für denjenigen bestimmt, der aus gültigem Testament heres geworden war (p. 1 J 3, 9), also daß Kumulation von hereditas und bon. possessio erst eine folgende Entwicklungsstufe bildete. Dann aber wäre bei Voraussetzung den heres ausschließender Aktivlegitimation ein Instituierter, falls das Testament jure civili ungültig war und er bon. poss. sec. tab. erlangt hatte, besser daran gewesen, als ein in gültigem Testament Instituierter, indem jener zum Interdikt legitimiert war, dieser nicht.

[1]) Schirmer, der sich in Arch. f. ziv. Pr. 84, 46 und 87, 121 zur neuen Lehre bekennt, hat doch am ersteren Orte gefragt: „Ist es überhaupt wahrscheinlich, daß der Zivilerbe jahrhundertelang der Rechtshülfe entbehren mußte, welche der Prätor dem bon. possessor zu gewähren sich längst hatte herbeigelassen? Ist es nicht eher anzunehmen, daß er in dem int. Quod leg. auf den prätorischen Erben nur eine Befugnis übertrug, die dem zivilen schon früher zustand?“ Vgl. oben S. 135.

Man braucht solche Vorkommnisse nicht als unerträglich zu empfinden und kann überhaupt die praktische Bedeutung einer Ordnung, welche den bloßen heres vom Interdikte ausschließt, dadurch herabzusetzen suchen, daß man auf die dem heres zukommende Möglichkeit verweist, auch noch die Stellung des bon. possessor zu erlangen. Aber[1] erstens ersetzt dieser Hinweis nicht die Angabe des Grundes für die behauptete Beschränkung der Aktivlegitimation, des Grundes, ohne dessen Kenntnis solche Beschränkung unverständlich bleibt. Und ferner wird von der praktischen Bedeutung, welche jene Ordnung für die Römer etwa hatte, der Ernst des Problemes nicht berührt, der in der verbreiteten Ansicht liegt, daß wegen einer historischen Entwicklung viele das Interdikt enthaltende Texte eine justinianische Interpolation erlitten haben.

Jene Entwicklung wird in den Quellen weder unmittelbar bejaht noch unmittelbar verneint. Aber vor dem Chorus der Stimmen, die sich wie aus Digesten und Codex auch aus dem veroneser Gaius dawider erheben, kann sich die vermutete Entwicklung nicht behaupten. Weil man aus Vat. 90 glaubte schließen zu müssen, daß ursprünglich nur der bon. possessor klagberechtigt gewesen sei, war man durch das Bedürfnis möglichst widerspruchsfreier historischer Erkenntnis genötigt, die zahlreichen mit jenem Schluß nicht harmonierenden Digestentexte für gefälscht zu erklären. Da aber dieses Verfahren auf unüberwindliche Hindernisse stößt, so drängt jenes gleiche Bedürfnis in die entgegengesetzte Richtung.

Wenn die gesamte Überlieferung nichts von späterer Ausdehnung der Aktivlegitimation weiß, so ist die Quelleneintracht dadurch zu gewinnen, daß man dem Schluß auf die ursprüngliche Beschränkung jener Legitimation die Verlässigkeit abspricht und ihn fallen läßt. Denn mit dem gegebenen Material ist die Vermutung, daß die Digestenstellen interpoliert seien, widerlegbar, dagegen die Vermutung, daß Vat. 90 unvollständig sei, nicht widerlegbar. Zwar weiß man noch nicht und wird vielleicht nie wissen, wieso die vatikanische Rubrik ihre nur

[1]) — abgesehen davon, daß die bonorum possessio nicht zu jeder Zeit und nicht an jedem Ort erlangbar war —



den bon. possessor nennende Fassung erhalten hat. Dagegen kann man heute sagen, daß es die wegen jener Fassung erdachte Ausdehnung der Aktivlegitimation weder in klassischer noch in justinianischer Zeit gegeben hat. So haben wir denn eine wohlbezeugte und verhältnismäßig reiche Geschichte der Passivlegitimation des Interdictum Quod legatorum, während die von Vielen angenommene Geschichte seiner Aktivlegitimation so unglaubhaft als unbeglaubigt ist.

V.

I Tribonianismi avvertiti dal Cuiacio.

Di

Dott. **Emilio Albertario,**

Pavia.

Introduzione.

L' opera del Cuiacio è nota.[1] Egli adopra i sussidi dei testi pregiustinianei venuti in luce sino a' suoi tempi; adopra i Basilici, testi ancora per gran parte inediti; tenta per primo la ricostruzione delle opere originali dei principali giureconsulti classici e nutre l' idea, veramente grandiosa, di ricondurre le istituzioni romane alla loro originaria purezza. Apre alla critica dei testi un' era nuova.

Nel proseguire questo scopo, riuscì di tanto in tanto a metterci sotto gli occhi qualche alterazione che i Compilatori introdussero nei testi classici.

Le interpolazioni avvertite raggiungono un numero così discreto che mi parve opportuno raccoglierle in un completo elenco e premettere, come fece il De Medio per il Fabro [2]), alcune notizie sul metodo di questa ricerca. Le quali varranno

---

[1]) Zitiert ist nach den Neapolitanerausgaben (Anm. d. Red.) — [2]) *Alfredo De Medio* — I Tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro, in Bullettino dell' Istituto di dir. romano anno XIII, pag. 1—43, e anno XIV, pag. 276—284.

a dimostrare che esso, come già per il Fabro ha provato il De Medio, non è, se non nelle proporzioni, diverso da quello della scuola romanistica moderna.

Esaminiamo i varii criterii dal Cuiacio seguiti.

Anzitutto il criterio filologico. Riferisco ciò che egli scrive intorno alla l 25 D XIX. 2 (Op. V. 963):

«Potuit, et sane verisimile est, de hac quaestione libro tertio tractasse Paulum. Ceterum eorum loco, quae de ea quaestione Paulus scripserat, Tribonianus nobis longe alia supposuit . . . Nam *phrasis* quae Triboniano amica est, et familiare *genus dicendi*, verba partim *humilia*, et *inepta*, partim *ex graeco idiotismo traducta*, satis produnt in hac lege quantumvis prolixa (et *prolixitas* id prodit etiam), nullum esse Pauli verbum, omnia esse Triboniani; ut quum prudentem et attentum patremfam. vocat *studiosum*, ut Graeci *σπουδαῖον*, et cum pro docere et probare mavult dicere, *ostendere*, ut Graeci *δεῖξαι*, vel *δεικνύειν*, et quum illo loco § pen. in omnibus *visionibus*, quas praeposuimus, visiones appellat species, quae etiam sic dicuntur ab antiquo verbo, specire, id est, videre: quum, inquam, visiones vocat species, vel casus antea propositos, quibus modo actori, modo reo incumbit onus probandi, quum agitur condictione indebiti, vel themata, ut in Basilicis, *ἐπὶ πάντων τῶν εἰρημένων θεμάτων*, quia themata in scolis, ut Quintilianus ait, in conspectu quodammodo collocantur. Denique sunt visiones. . . . ubicumque haec vox reperitur in Digestis (reperitur autem aliquoties) sane a manu Triboniani est . . . Item quum *iuramentum* dicit pro eo, quod iuris auctores semper iusiurandum, quasi Iovis iurandum, ut Ennius et Naevius loquuntur. Item quum cautionem concipere indiscrete dicit, id est, non expressa causa debiti, *ἀδιαστίκτως, ἀσαφῶς* . . . Et quum in fine legis dicit, *nisi*, pro si non Graecorum more *ἀλλ' εἰ μὴ*, ut recte glossa ibi notavit, nisi non facere exceptionem, sed alium constituere vel ponere casum. Et quum etiam ibidem cautionem vocat confessionem, ut Graeci *ὁμολογίαν*. Huius rei etiam argumentum est, quod et in hac lege, vel interprete Dorotheo notatur monachi conditio, illo loco, vel alias simplicitate gaudens et desidiae deditus: *τῇ ἀπραξίᾳ χαίρων καὶ ῥαθυμίᾳ ἐκδεδωμένος* . . .»

In questo commento risalta in tutto il suo splendore il criterio della lingua. Sta di fatto che una gran parte dei tribonianismi è rivelata dal Cuiacio in grazia appunto della lingua. Conoscitore profondo dello stile dei giureconsulti romani (*sermo purissimus veterum* — Op. III. 318) da una parte, e buon saggiatore dall' altra della provenienza greca di certi vocaboli e di certe locuzioni, egli possedeva tutto quello che è desiderabile per adoperare con ardimento, scientifico per eccellenza, il criterio linguistico. Io potrei qui citare un numero grandissimo di luoghi, nei quali il Cuiacio per questa via scoprì l' interpolazione del testo, ma accennerò solo ad alcuni più importanti.

«Posterior pars huius legis (l 2 D XXIV. 2), *ut vel stylus ipse prodit*, Triboniani est . . . observa rationem loquendi, qua nunquam Iulianus utitur (Op. VI. 414).»

«Quod haec verba (l 10 D XXIII. 2) plane *redoleant stylum* Triboniani (Op. VI. 413).»

«Huic legi (l 13 § 1 D XXIV. 1) manum adhibuit suam Tribonianus, *ut vel stylus indicat* (Op. III. 64).»

«*Subolent* haec verba (l 27 § 1 D III. 3) *stylum* Triboniani (Op. VI. 380).»

«At quae sequuntur (l 51 D V. 3) *stylus prodit* esse Triboniani, nempe haec: exceptis videlicet impensis quae circa eandem substantiam tam necessario quam utiliter factae sunt (Op. IV. 886).»

E l' alterazione del testo è talvolta affermata, pur prescindendo da altri motivi, anche per un errore grammaticale.

«Ubicumque Icti usi erant hoc verbo, *doti dicere,* vel *dotem dicere*, id semper mutavit Tribonianus in promittere: memini me adnotasse innumeros locos, et maxime illum, ubi est scriptum doti promittere, quod tamen latine non dicitur (Op. V. 398).»

Talvolta invece, come del resto risulta chiaro dal passo che sopra ho estesamente riferito, essa è rintracciata per il fatto che nelle leggi si trovano parole e frasi proprie di Triboniano, vuoi parole e frasi che i giureconsulti romani non adoperarono mai, vuoi parole e frasi che hanno addirittura schietto sapore greco.

Così quando ci si imbatte nelle seguenti parole:
admittere, in luoghi innumerevoli usato invece di *petere* (Op. I. 186)
admonitio (Op. VII. 134)
cautela, invece di *cautio* (Op. V. 963)
confessio, invece di *cautio* (Op. ibid.)
condicio, invece di *cretio* (Op. VIII. 233)
curator, invece di *magister* (Op. I. 886)
devotio, *indevotio* (Op. X. 713)
forma o *verborum conceptio*, invece di *formula* (Op. IX. 1138)
exactio, invece di *deductio* (Op. VII. 1399)
iuramentum, invece di *iusiurandum* (Op. V. 963)
ostendere, invece di *probare* o *docere* (Op. V. 963)
paterfamilias *studiosus* (Op. V. 963)
protelare, invece di *proferre* (Op. VII. 134)
unum aureum, invece di *mille sestertii* (Op. VII. 87)
visio (Op. V. 963)
nisi, invece di *si non* (Op. ibid.)

l'interpolazione non è da porsi in dubbio. Come non è da porsi in dubbio quando s'incontrano frasi come queste:
dotem o *doti promittere*, spesso invece di *dicere* (Op. I. 1151)
dotis promissio, spesso invece di *dictio* (Op. ibidem)
furcae figere o *suspendere*, invece di *cruci figere* o *suspendere* (Op. X. 827)
perfecta aetas, *legitima aetas* (Op. I. 42)
per longum tempus capere, invece di *usucapere* (Op. VII. 370)
specialiter agere, *specialiter exprimere* (Op. III. 394; VI. 371)
in matrimonium convenire, invece di *in manum* (Op. IV. 1309; I. 306).

E l'impronta dell'alterazione ha pure la frase che nel Corpus iuris non è troppo rara: *legitimum*, *statutum*, *constitutum tempus*. (Op. VII. 723; IX. 507).

Nè dimentica il Cuiacio di ripetere più volte con recise e anche abbastanza sdegnose parole, allorchè gli si presenta l'occasione, che l'uso degli ablativi assoluti è proprio di Triboniano: «*nostri ablativis absolutis non utuntur* (Op. X. 392; X. 428; VI. 380).»

Quanto poi al *genus scribendi* particolare dei Compilatori egli ci avverte parecchie volte che esso *graecum sapit magis*

quam latinum hominem (Op. III. 625). Sulla prolissità del loro dire (Op. III. 625; V. 963) e sull' uso che essi fanno di parole o inefficaci o inutili (verba partim humilia, partim inepta Op. V. 963) non potrebbe alcuno essere più chiaro e più sicuro.

E veniamo ora ad un altro criterio: al criterio storico.

Mi piace qui notare come del criterio storico egli si valesse nelle sue diverse forme, sia rilevando l'incompatibilità dei principii enunciati dal giureconsulto con lo stato del diritto classico in generale o con lo stato del diritto all'epoca di quel giureconsulto, sia rilevando la rispondenza dei principii al diritto nuovo, la loro armonia con le riforme giustinianee.

Uno tra i più noti esempi della prima forma è il seguente.

Nella l 1 de legatis XXX noi troviamo messo in bocca ad Ulpiano che i fedecommessi sono stati pienamente *(per omnia)* agguagliati ai legati. Ora questa fusione dei legati coi fedecommessi, come molte altre fusioni di istituti diversi concorrenti ad uno stesso scopo, è stata eseguita da Giustiniano. Ulpiano non può avere emessa quella generale dichiarazione. Per questo il Cuiacio ci ammonisce: «Tribonianus adiecit haec verba: per omnia (Op. VII. 960).»

Della seconda forma esempi ve ne ha in abbondanza maggiore. Giustiniano «transfudit Senatusconsultum Pegasianum in Trebellianum. Qua ratione, saepe in Digestis, ubi iuris auctor scripserat proprie, Senatusconsultum Pegasianum, nimirum locum habente Falcidia, Tribonianus reposuit senatusconsultum Trebellianum (Op V. 1089).»

Nella l 27 D XLIX. 14 si dice:

«Cum mortem maritus uxoris necatae non defendit, divus Severus rescripsit dotem fisco vindicandam, prout ad maritum pertineat.» Ora le parole «prout ad maritum pertineat» sono dal Cuiacio ritenute interpolate per questa ragione: «haec verba adducuntur propter novam illam constitutionem Iustiniani (l 1 C V. 13), antequam omnino pertinebat ad maritum dos adventicia (Op. VIII. 445).»

Tratto tratto il Cuiacio tiene in buon conto anche il criterio logico. Ove sono incongruenze, ove sfilano ragionamenti che non concludono, ivi è Triboniano, ivi l'alterazione è certa.

A proposito della l 7 pr. D III. 5 egli ci dice: «*Nullo sensu* Tribonianus ita scripsit (Op. V. 161)» e a proposito della l 20 D XLII. 2 dichiara:

«Verum in extremo legis, meo quidem iudicio, Tribonianus haec appinxit verba: Quod et in persona mulieris aequa lance servari, aequitatis suggerit ratio. Tribonianus, inquam, cuius verba ut secernere possimus a verbis legum et iuris auctorum, longus usus et meditatio fecit effecitque ut, quod quidam ait, legitimum sonum digitis monstremus, *haec verba non habent legitimum sensum* (Op. V. 1166).»

In un altro luogo egli rileva *inspectione prima* l'alterazione del testo perchè, messi innanzi dei dubbi, non sono punto chiariti. La colpa è di Triboniano che improvvisamente fa capolino.

«Ad legem (20 § 1 D XXXIIII. 5) sententiam legis ultimae C. VI. 50 appinxisse Tribonianum manifestissimum est ex verbis, dum sibi proposuit dubitationem an valeat cautio heredis caventis se non usurum beneficio legis Falcidiae, subiit definitionem (Op. X. 806).»

Il nostro grande esegeta coglie pure nel segno, quando ricorre al criterio legislativo. Il legislatore che s'intromette nel discorso del giurista è riconoscibile ai generali recisi enunciati (es.: et generaliter definiendum est). Gli è, appunto, anche per questo motivo che il Cuiacio reputa interpolata la l 6 D XXIV. 2. Son queste sue parole: «Tribonianus, *ut character orationis evidenter arguit,* sententiam Nov. 22 in hac lege inseruit (Op. IV. 1502).»

Insomma quasi tutti i criterî moderni sono adoperati dal nostro giureconsulto, e in vario modo: ora l'uno concorre coll'altro ad afferrar meglio la mano di Triboniano, ora l'uno è dall' altro indipendente.

E un altro fatto è interessante: il fatto che un certo riguardo dimostra il Cuiacio per le nuove tendenze. In primo luogo per la pietas. Ci è indicata come interpolata l'es-

pressione che trovasi nella l 41 § 2 D XXXII: *pietatis intuitu*, con quest'avviso: «nostri auctores non solent ea ratione uti, nisi cum pietatis ratione receditur a iure communi (Op. VII. 1019)». In secondo luogo per una speciale determinazione della volontà delle parti. «*Triboniano amicum et familiare est desiderare specialem voluntatem ubi sufficit quaelibet* (Op. III. 394)».

Per questo motivo sono ritenute interpolate

la l 22 D XXXII: «Sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi poenituisse (Op. III. 394)» e la l 58 D XLV. 1: «nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit (Op. I. 1205)» ed altre ancora.

Infine interpolazione, se pure involontaria, c'è quando «Tribonianus non notas accepit pro notis» onde, p. es. nella l 21 D XXI. 1 invece di id reddi spiegò: iisdem diebus reddi (Op. IX. 722).

Inutile è qui il dire che l'interpolazione *(flagitium, emplastrum, facinus* Triboniani) è rilevata sia che si presenti sotto la forma di una sostituzione (interpolazione vera e propria), sia sotto la forma di una aggiunta, sia sotto la forma di una omissione.

Inutile del pari mi sembra fare, a questo proposito, esempii.[1])

Una sola volta il Cuiacio accenna ad una alterazione di testi, avvenuta per opera dei Compilatori, senza precisamente determinare e specificare l'interpolazione. Dopo la riforma, introdotta da Giustiniano colla l 28 C 8. 40, dovette essere una imprescindibile necessità pei Compilatori il modificare i testi relativi all'efficacia consuntiva della litis contestatio. Orbene, qui il Cuiacio non parla già di interpolazione di tutti i testi ma osserva soltanto: «Sed ex lege ult. C. de fid., *ad quam tamen inflexi sunt quidam loci Digestorum,* hodie unius ex reis non liberatur alter, etc.»[2])

Collocherò qui, sulla fine, ciò che il Cuiacio scrive nel libro 3°, a pagina 137:

[1]) Naturalmente, più abbondanti delle aggiunte sono le omissioni. «Maluit (Tribonianus) veterum iuris auctorum commentariis detrahere quam addere; fuit in eo religio quaedam.» Op. VIII. 319. — [2]) Op. IV. 102—104.



«Tribonianus ut erat in eo opere non tam diligens et accuratus quam se impudenter profitetur esse, saepissime uno in loco mutabat, non mutabat in alio ... ex ea re conflatum est *ἐναντίωμα* inexplicabile.»

Indice dei tribonianismi avvertiti dal Cuiacio.

Avvertenze. — Le parole che il Cuiacio crede interpolate sono quelle chiuse tra parentesi quadre.

Il punto interrogativo che segue la legge sta ad indicare che la interpolazione è semplicemente dubbia.

Quanto alla citazione dei luoghi da cui l'interpolazione è ricavata, il numero espresso in cifre romane indica il volume dell'opera, il secondo la pagina.

Ho posto il titolo: indice dei tribonianismi; e questa parola intendo in senso rigoroso. Quindi non solo i molti e varii glossemi, a cui il Cuiacio accenna, ma lo sdoppiamento di una sola legge in più, la fusione di più leggi in una sola, una collocazione di qualche legge nel codice giustinianeo in modo non conforme al codice teodosiano, tutto è escluso da questo titolo.

Istituzioni

I. 8 § 2 ... [ad aedem sacram] (Op. I. 21)

I. 19 ... [si perfectae aetatis sint] (Op. I. 42)

II. 3 § 4 ... per fundum [suum vel heredis om.] Cfr. l 16 D VIII. 4 (Op. I. 77)

II. 4 § 2 ... [utiliter] Cfr. l 2 D VII. 5 (Op. I. 78)

II. 7 § 1 ... [hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia etc. fino a constitutio] (Op. I. 86)

II. 20 § 1 Iustinianus sive Tribonianus definitionem Modestini immutavit ut complecteretur legatum et fideicommissum (Op. VII. 1159)

IV. 15 pr. ... [formae atque conceptiones verborum] Iurisconsultus meo iudicio scripserat interdicta esse formulas. At Tribonianus hoc nomen, formula, ubique sustulit, quia sublatae erant formulae actionum. Uno

tantum per incuriam Tribon. reliquit formulae verbum in l 42 D 47. 2 (Op. IX. 1138—1139)

IV. 15 § 4a . . . [hodie tamen aliter observatur: nam utriusque interdicti potestas quantum ad possessionem pertinet exaequata est, ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi nec clam nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet.] Cfr. l 1 § 1 D XLIII. 31 (Op. IX. 1165).

Digesto

I 2 l 2 § 7 . . . [ad formam] (Op. I. 896; IX. 1138—1139)
9 l 12 § 1 interpolato tutto il paragrafo. (Op. II. 886; X. 383)

II 4 l 24 . . . [quinquaginta aureorum] (Op. V. 880)
4 l. 25 . . . [vel supradictam poenam, id est quinquaginta aureos] (Op. ibid.)
8 l 8 pr. . . . [moderato spatio: de hoc a iudice statuendum] (Op. III. 651; V. 201)
11 l 4 § 4 . . . [ita si specialiter causae exceptionum expressae sint, quibus a promissore sponte renuntiatum est] (Op. III. 394; X. 1075)
13 l 6 § 3 ? (Op. IX. 260; X. 389)
14 l 7 § 5 . . . [tempore statuto dilationis] (Op. IX. 507)
14 l 33 . . . [promisit] (Op. III. 318)

III 2 l 6 pr. . . . [sive concepti, sive oblati, om.] (Op. I. 410)
2 l 23 Tota magna ex parte sapit Tribonianum (Op. III. 613; V. 103)
3 l 15 § 1 . . . [duplici cautela interponenda] (Op. VII. 140; VIII. 87; X. 392; X. 428)
3 l 27 § 1 . . . [directa penitus tollenda] (Op. VI. 380)
3 l 72 . . . [non semper] (Op. X. 979)

IV 4 l 27 § 4 . . . [nisi quaedam personae speciali lege exceptae sint] (Op. I. 980)
5 l 7 pr. . . . [in iure alieno personis positis] (Op. V. 161)
8 l 30 . . . [lite apud iudicem suo ordine peragenda] (Op. V. 183)
8 l 36 . . . [alia] invece di Iulia (Op. X. 1232)

V. 1 l 2 § 7 interpolato tutto il paragrafo (Op. X. 713)
1 l 2 § 8 ... [nisi hoc specialiter ei permissum est] (Op. X. 399)
1 l 21 ... [cum competenti cautela] (Op. VII. 140; VIII. 87; X. 392; X. 401; X. 428)
1 l 32 ... [ita tamen ut legitimum tempus non excedat] (Op. VII. 130; X. 402)
2 l 8 § 9 ... servos [duos, om.] (Op. VII. 184)
2 l 25 (Op. I. 119)
3 l 25 § 15 ... [visionibus] (Op. V. 963)
3 l 51 ... [exceptis videlicet impensis, quae circa eandem substantiam tam necessarie quam utiliter factae sunt] (Op. IV. 886)

VIII 6 l 2 ... [statuto tempore] invece di biennio per la l 13 C III. 34. (Op. VII. 723)
6 l 6 § 1 ... [constituto tempore] (Op. ibidem)
6 l 7 ... duplicato [constituto tempore] (Op. ibidem)
6 l 7 ... [statuto legibus tempore] (Op. ibidem)
6 l 10 § 1 ... [per constitutum ad amissionem tempus] (Op. ib.)
6 l 13 ... [et intra legitimum tempus, quo servitutes pereunt] (Op. ib.)
6 l 14 pr ... quod si [id tempus praeterierit, ut servitus amittatur] (Op. ib.)
6 l 16 ... [statuto tempore, quo servitus amittitur] (Op. ib.)
6 l 17 ... [per tempus, quo servitus amittitur] (Op. ib.)
6 l 19 pr. ... [statutum tempus] (Op. ib.)
6 l 19 § 1 ... [per constitutum tempus ad amittendam servitutem] (Op. ib.)

IX 4 l 24 ... actio locum habeat [noxalis] (Op. III. 641)

X 2 l 44 § 4 ... [et ideo iurare debent non calumniae causa litem intendere et non calumniae causa ad infitias ire] (Op. VII. 141; VII. 878; IX. 222; X. 413)
3 l 7 § 3 ... [indebiti soluti] invece di iurisiurandi. Notas Tribon. explanavit male ... Alio loco, ubi est scriptum, fideicommissum, est legendum, fraudandorum creditorum. (Op. VII. 587)

XI 1 1 1 § 1 Tutto il paragrafo è di Triboniano (Op. II. 886; VII. 876)

XII 2 De iureiurando [sive voluntario sive necessario sive iudiciali] (Op. I. 759)
2 1 15 [Ad personas egregias] (Op. VI. 852)
1 1 2 § 3 . . . [promittatur] (Op. V. 398)

XIII 7 1 6 pr. . . . [prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda] (Op. VII. 140; VIII. 87; X. 401; X. 428)
7 1 11 § 6 . . . [plerumque] (Op. I. 95; X. 428) . . . . [non semper] (Op. I. 95; IX. 316; X. 979)
7 1 40 § 1 . . . [patris] invece di dimidiae partis (Op. IV. 327)

XV 4 1 1 § 1 [nisi certa lex aliquid prohibet] (Op. X. 978)

XVI 3 1 14 pr. [cautela idonea reddenda] (Op. VII. 140; VIII. 87; X. 401; X. 428; X. 436)

XVII 1 1 10 § 3 . . . [legitimo modo] (Op. X. 438; X. 460)
1 1 29 § 5 [In omnibus autem visionibus quae praepositae sunt] (Op. V. 963)
2 1 52 § 10 . . . [cum certis usuris] . . . [certas usuras] (Op. IX. 1178)

XVIII 1 1 2 § 1 . . . [sine scriptis] (Op. I. 395; VII. 688; IX. 98)
1 1 35 § 1 interpolato tutto il paragrafo (Op. I. 1195)
1 1 66 § 1 . . . [per statutum tempus] (Op. VII. 723)

XIX 1 1 21 § 2 Tutto il paragrafo è interpolato. (Op. VIII. 1064)
1 1 42 . . . [Sed rectius est in omnibus suprascriptis casibus lucrum cum damno compensari et si quid deest emptori sive pro modo sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri] (Op. I. 1498)
2 1 25 Gai forte sunt prima verba, cetera Triboniani (Op. I. 211; I. 1195; V. 989; X. 447)
5 1 5 § 2 . . . in factum [civilem] (Op. I. 924; V. 1012; VII. 830; VII. 840; X. 389)
2 1 35 . . . [certo pretio] (Op. I. 1486)

XX 3 l 5 ? . . . [relegatur] invece di deportatur. (Op. I. 468; I. 510; X. 456)

XXI 1 l 21 § 2 . . . [iisdem diebus] (Op. III. 498; VI. 198; IX. 722)

XXII 1 l 1 pr. . . . [ita tamen, ut legi non offendat] (Op. X. 460)

1 l 17 § 6 . . . [semisses] . . . [semissibus] (Op. II. 656; X. 461; X. 683)

1 l 17 § 8 . . . [usque ad tertiam centesimae] (Op. III. 137; VII. 862; X. 461; X. 586)

2 l 4 § 1 . . . [centesimae] (Op. I. 392; VII. 862; X. 462. Cfr. però Op. III. 136 ove è detto: Quod scripsi quodam loco videri Tribonianum ex const. Iust. ad Papinianum addidisse verbum centesimae, nunc mihi non placet.)

2 l 4 pr. . . . [legitima usura] (Op. X. 460)

2 l 4 § 1 . . . [legitimae usurae] (Op. X. 460)

3 l 7 . . . [quaestioni] invece di reponsioni (Op. III. 137; VII. 868; X. 458; X. 465)

3 l 25 Tota lex est Triboniani (Op. II. 886; III. 625; V. 963; VII. 878; IX. 221; X. 467)

5 l 16 . . . [a iudicibus competenter puniantur] (Op. I. 495)

XXIII 2 l 8 . . . [aut sororem] (Op. III. 482; IX. 446)

2 l 10 . . . [et si triennium effluxerit, postquam apertissime fuerit pater ignotus, ubi degit et an superstes sit, non prohibentur liberi eius utriusque sexus matrimonium vel nuptias legitimas contrahere] (Op. V. 541; VI. 413)

2 l 11 . . . [vel absit] . . . [vel absentiae] (Op. V. 541; VI. 413)

2 l 15 . . . [in matrimonium] (Op. IV. 1309) (Op. I. 316)

2 l 54 . . . [sororem] (Op. IX. 446)

3 l 56 § 3 . . . [nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit] . . . [et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur] (Op. III. 669; VII. 1416)

4 l 10 . . . [pro nepote suscepisset] invece di pro nepte sua dixisset. (Op. III. 318)
4 l 17 . . . [statuto legibus tempore] Ubi erat scriptum annua, bima, trima die Trib. reposuit statuto tempore. (Op. IX. 507)

XXIV 1 l 13 § 1. (Op. III. 64)
2 l 6 Omnia fere verba sunt Triboniani (Op. II. 886; IV. 1502; VI. 414; VII. 878)
3 l 2 § 1 (Op. IX. 524)
3 l 22 § 7 e § 8 Omnia fere verba sunt Triboniani (Op. II. 886; VII. 878)

XXV 2 l 17 pr. . . . [in manum, om.] convenit (Op. I. 316)

XXVI 1 l 16 § 1 . . . [perfectae aetatis) (Op. I. 42)
4 l 4 . . . [perfectae aetatis] (Op. I. 42)
4 l 8 . . . [si perfectae aetatis sunt] (Op. I. 42; V. 580)
7 l 1 § 2 Tutto il paragrafo è di Triboniano (Op. V. 37; VI. 514)

XXVII 1 l 10 § 7 (Op. I. 1033)
6 l 11 pr. . . . [minori duodecim vel quattuordecim annis] (Op. III. 648)
6 l 11 § 2 . . . [vel femina pubere, om.] (Op. III. 648)
7 l 1 . . . [legitimae aetatis] (Op. I. 42)

XXVIII 2 l 24 (Op. V. 1055)
3 l 3 . . . [per virilem sexum descendentes] (Op. I. 1057)
5 l 41 . . . [alter semis] invece di as. (Op. I. 1099; III. 498; VI. 198)
6 l 41 § 2 [Non tantum cum filio sed etiam, om.] (Op. IV. 1064)

XXVIIII 2 l 70 § 1 . . . [condicio] . . . [condicionis] invece di cretio e cretionis (Op. VIII. 233)
5 l 9 . . . [propter inultam mortem] . . . [eorum scilicet qui senatusconsulto excipiuntur] (Op. VIII. 432)
5 l 25 pr. . . . [quinque aureos] (Op. I. 980)
5 l 25 § 1 . . . [deni aurei] (Op. I. 980)
5 l 25 § 2 . . . [centum aureos] (Op. I. 980)
7 l 5 . . . [aut voluntas eorum quocumque iudicio retineatur] (Op. I. 148; IV. 1100)

XXX 1 1 . . . [per omnia] (Op. VII. 960; VIII. 995)
1 33 . . . [quod si separatim etc. sino alla fine è di Triboniano] (Op. II. 886; VII. 996; VII. 1014; X. 687; X. 1073; X. 1136)
1 84 § 8 (Op. X. 1137)
1 114 § 19 . . . [pluribus tamen separatim ita relictus, ut unusquisque in solidum capiat] (Op. II. 427; VII. 1349; X. 1136)

XXXI 1 7 Iure novissimo correcta (Op. X. 1137)
1 13 § 1 . . . [in solidum] (Op. II. 427; VII. 1113; VII. 1349; X. 1074)
1 89 § 2 Iure novissimo correcta (Op. X. 1137) Tribonianus sustulit semper haec verba per vindicationem, per damnationem, verum effectum rei non sustulit. Itaque multa sunt in libris de legatis, quae non possunt sine hac differentia explicari (Op. VII. 1003)

XXXII 1 7 § 1 . . . [miles] (Op. VIII. 17)
1 20 . . . [non communicandi animo, sed utrique in solidum] (Op. II. 427; VII. 1113; X. 1074; X. 1136)
1 21 pr. . . . [nisi superveniens morbus ei impedimento sit] (Op. I. 1043)
1 22 . . . [sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi paenituisse et voluisse, ut legatarius plura legata accipiat] (Op. III. 394; X. 1075)
1 41 § 2 . . . [pietatis intuitu] (Op. VII. 1019)
1 97 . . . [centiens aureorum] (Op. I. 980)

XXXIII 2 1 1 . . . [ex magna causa] (Op. I. 79; IV. 432)
2 1 14 . . . . [si testator utrumque solidum habere voluit] (Op. II. 427; VII. 505; VII. 1113; VII. 1349; X. 1074; X. 1136)
4 1 1 § 3 . . . [exactio] (Op. VII. 1399)
9 1 1 . . . [heredis indevotione coërcenda] (Op. X. 713)
10 1 3 § 2 . . . [recte] (Op. I. 435)

XXXIV 5 1 5 § 1 . . . [vel alieno] (Op. VII. 1464; X. 473)
6 1 1 . . . [illicite vel probrose] (Op. I. 810; I. 1339; VII. 941; IX. 836) . . . [talem] (Op. I. 810; I. 1339; IX. 836)

XXXV 2 1 1 § 5 Mutata a Trib. negatio in adfirmationem (Op. III. 290)
2 1 68? (Op. III. 235)

XXXVI 1 1 58 [ex edicto D. Adriani, om.] (Op. I. 423)
1 1 70 . . . [Tertulliano] (Op. X. 495)

XXXVII 1 1 3 § 4 . . . [admittat] invece di petat (Op. I. 186)
1 1 3 § 9 . . . [admisit] . . . [admiserunt] (Op. I. 186)
1 1 5 . . . [admisit] (Op. I. 186)
1 1 6 . . . [certae partis] invece di dimidiae partis (Op. V. 595)
1 1 7 pr. . . . [admittere] (Op. I. 186)
1 1 7 § 1 . . . [admittere] (Op. I. 186 e, anche per tutti gli altri luoghi, V. 627)
4 1 3 § 14 Haec Triboniani errata mittamus (Op. I. 1054)
14 1 21 § 2 . . . [sine condicione et dilatione] (Op. II. 1060)

XXXVIII 1 1 45 . . . [si nullam laesionem ex hoc sentiet patronus] (Op. VI. 730)
2 1 26 . . . [extraneo] . . . [debitam] (Op. I. 1277)
17 1 2 § 24 . . . [in Senatus Consultum] (Op. V. 161)
17 1 2 § 43 . . . [ita tamen, ut nullo modo annale tempus excederet] (Op. I. 167; IX. 915)

XXXVIIII 2 1 4 pr. Tutto il principio è di Triboniano (Op. X. 398)
2 1 5 pr. . . . [per longi temporis spatium in suum dominium capere] (Op. I. 1521)
2 1 46 § 1 . . . [cum usuris] (Op. IX. 1178)
5 1 20 § 1 Tutto il paragrafo è di Triboniano (Op. I. 708; II. 886; X. 806)
6 1 15 . . . [hoc et constitutum est et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt] (Op. I. 86; VII. 958; X. 506)

XL 5 1 4 § 17? . . . [caducis legionis] (Op. II. 657)
12 1 30 . . . [commodius autem est favore libertatis liberum quidem eum esse, compelli autem praetii sui partem viri boni arbitratu victori suo praestare] (Op. II. 451)

XLI 1 l 64 . . . [deducit] invece di dedicat (Op. III. 782)
3 l 1 . . . [statuti temporis spatium] (Op. IX. 507)
3 l 3 . . . [temporis lege definiti] (Op. IX. 507; X. 512)
3 l 4 (Op. V. 736)
3 l 4 § 1 . . . [et maxime] (Op. I. 1110)
3 l 4 § 26 . . . [per longum tempus] (Op. V. 627)
3 l 4 § 28 . . . [statutum tempus] (Op. IX. 507)
3 l 9 . . . [maxime] (Op. I. 1110; I. 1121)
3 l 10 § 1 . . . [longo tempore capi] (Op. I. 1122; VII. 370)
3 l 23 pr. . . . [tempori de mobilibus statuto] (Op. IX. 507)
3 l 23 § 2 . . . [tempore, quod in usucapione rerum mobilium constitutum est] In tractatu de usucapionibus semper statuto tempore vel legitimo tempore Tribonianus reposuit (Op. IX. 507)
3 l 31 § 1 . . . [continuum tempus] invece di continuus annus (Op. X. 513)
4 l 2 § 20 . . . [ad usucapionem] (Op. I. 1141)
10 l 5 . . . [etiam ex aliis causis] (Op. I. 1150)

XLII 1 l 20 . . . [quod et in persona mulieris aequa lance servari aequitatis suggerit ratio] (Op. III. 713; V. 1166; X. 1225)
7 l 1 . . . [per curatorem] invece di per magistrum (Op. I. 886)

XLIII 1 . . . [sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt] (Op. III. 125; X. 517)
1 l 2 § 3 . . . [aliqua] invece di duo (Op. I. 479)
16 l 3 § 12 . . . [in id, quod pervenit ad eum, qui prohibuit] (Op. III. 127; VII. 588; IX. 1149; X. 518)
31 l 1 § 1 . . . [sed optinuit vim eius exaequatam fuisse uti possidetis interdicto, quod de rebus soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi nec clam nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet] (Op. IX. 1165)
33 Tribon. posito titulo De Salviano interdicto, Salviani nomen retinuit, Servianae circumscripsit, non tamen ita accurate, ut non resideat adhuc Servianae actionis mentio (Op. III. 130)

XLIV 3 l 9 (Op. IX. 1020)
7 l 1 § 1 (Op. VIII. 319)
7 l 34 . . . [Rationabilius itaque est eam admitti sententiam etc.] (Op. VIII. 362)

XLV 1 l 8 . . . [ad] invece di ante dies (Op. I. 1167; III. 13)
1 l 39 . . . [secundum quod leges permittunt] (Op. I. 1193; X. 535)
1 l 45 (Op. I. 1195; X. 536)
1 l 58 . . . [nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit] (Op. I. 1205; V. 70; VI. 371; X. 538)
1 l 121 § 1 . . . [matrimonium] (Op. IV. 1309) (Op. I. 316)
1 l 130 . . . [quaeque adquiri patri possunt] (Op. I. 1193)

XLVI 2 l 29 . . . [si id specialiter actum est] (Op. I. 1205; V. 70; V. 1147; X. 538; X. 558)
2 l 31 § 1 . . . [cum id specialiter agit] (Op. ibidem) . . . [promittere . . . promiserit] (Op. I. 1151; V. 70; V. 398)
8 l 9 . . . [magister universitatis] Aliis etiam locis Trib. magistri nomen mutavit in curatoris (Op. I. 886)

XLVIII 4 l 7 § 4 (Op. I. 514)
10 l 22 § 9 . . . [ut supra diximus] (Op. X. 574)
16 l 15 § 5 . . . [vel biennio] (Op. II. 624; IX. 128; IX. 1475) (Op. I. 540)
19 l 9 § 11 . . . [nec furcae subici] (Op. I. 499; III. 457; X. 827)
19 l 28 pr. . . . [ad furcam] (Op. ibidem)
19 l 28 § 15 . . . [furca] (Op. ib.)
19 l 38 § 1 . . . [furcae suspenduntur] (Op. ib.)
19 l 38 § 2 . . . [in furcam tolluntur] (Op. ib.). In Pandectis et Codice semper Tribon. mutavit crucem in furcam (Op. ib.)
19 l 38 § 8 . . . [a procuratore] invece di a cognitore (Op. X. 577)

XLVIIII 14 l 27 . . . [prout ad maritum pertineat] (Op. III. 221; VIII. 445)
15 l 8 . . . [post constitutum tempus] (Op. IV. 1502; VI. 414; X. 582)

L 1 l 21 § 5 . . . [statutum tempus] (Op. III. 5)
16 l 88 . . . [centies aureorum] (Op. VII. 87)
17 l 43 . . . [nisi lex impedit] (Op. VIII. 683)

Codice

I 40 l 8 . . . [id est, exsecutorem] (Op. III. 101)
51 l 3 . . . [quinquaginta dies] (Op. X. 865)

II 4 l 18 . . . [excepto adulterio] (Op. III. 146)
7 l 8 Trib. immutavit propter l 66 C. X. 31 (Op. II. 724)
50 l 5 . . . [quadriennii] invece di quinquennii per la l 3 C. VII. 37 (Op. IX. 1027)

IV 1 l 1 . . . [nisi specialiter hoc lege excipiatur] (Op. II. 852; III. 536; VIII. 683; IX. 186; X. 625; X. 653)
48 l 4 . . . [sine scriptis] (Op. VII. 688)

V 9 l 6 § 5 . . . [secundum legum modum] (Op. IX. 470)
9 l 6 § 6 . . . [secundum legum moderationem] (Op. IX. 470)
47 l 1 . . . [quae rescriptio, si in fraude convictus fuerit, non suffragabitur] (Op. II. 357)

VI 35 l 1? . . . [semisses] (Op. II. 656)
49 l 6 . . . [Trebelliani] invece di Pegasiani (Op. V. 1089; VII. 1504; X. 686)
Tutta la legge rimaneggiata dai Compilatori? (Op. IV. 1064)

VII 39 l 1 . . . [non ignarus, si iniustam esse emptionem perspexerit, pretium, quod pro vitioso contractu datum est, secundum principalium statutorum tenorem mala fide emptoribus restitui non oportere] (Op. IX. 1033)
39 l 1 e l 2 (Op. IX. 1032)

IX 9 l 9 . . . [si quocumque modo poenam capitalem evaserit] per la l 30 h. t. (Op. X. 723)

XI 36 l 4? (Op. II. 819)

XII 19 l 14 (Op. II. 926).

VI.

Über das lus liberorum der Frauen und die Vormundschaft der Mutter,

ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten.

Von

Herrn Professor Dr. **B. Kübler**

in Berlin.

Fortsetzung und Schluß von Band XXX.

III.

Mit dem ius liberorum hat man vielfach das Recht der Matrone, die Stola zu tragen, in Beziehung gebracht.[1]) Auf Inschriften und Papyri findet sich die Bezeichnung '*femina stolata*', die man mit dem Ausdruck '*ius liberorum habens*' identifiziert. Ich stelle zunächst das Material zusammen.

1. C. I. L. III, 5225 (Cilli).

Atil(iae) Secundinae fil(iae) stolate an(norum) . . .

2. C. I. L. III, 5293 (Cilli).

Septimia Potentina stolata femina filia parentibus facien-d(um) curavit et sibi.

3. C. I. L. III, 5283 (Cilli).

V[er]inie Aureliae coniugi carissime st(olatae) f(eminae), natione Dardana, quae vixit annis XXXII, Aurelius Valentinus v(ir) e(gregius) maritus vivus posuit.

4. C. I. L. III, 6155 (Tomi).

---

[1]) E. Hübner in Commentationes Mommsenianae 104f. u. Hermes XIII (1878), 425f. Marquardt-Mau, Privatleben der Römer 575f. A. Müller in Baumeisters Denkmälern des klass. Altertums III p. 1842. Voigt, Rhein. Mus. XXXIII, 486f. Röm. Rechtsgesch. II p. 53 n. 48. P. Jörs, Verhältnis der lex Iulia zur Papia Poppaea S. 27. Ders. Festschrift f. Mommsen, Marburg 1894, S. 42.

D. m. Ulpiae Aureliae Valeriae virgini dextrate [1]) annis III mensibus VIIII d(iebus) XVII, filiae Aurelii Herculani v(iri) e(gregii) ducenari, qui vixit annis XIII(?) mens(ibus) VIII d(iebus) XVI, nepotiae pientissime Ulp(ius) Valerius Aurelianus v(ir) e(gregius) centenarius et Titinia Mansueta stolata femina.

5. C. I. L. III, 8754. Salonae. Inschrift auf einem Sarkophag.

Quintiae C.... stolat(ae) feminae Quinti Q. Germani primipilar(is) filiae, quae redd(idit) annor(um) XXX, Flavius Valens b(ene)f(iciarius) co(n)s(ularis) Panno(niae) Super(ioris) coniugi karissimae.

6. C. I. L. V, 5892 = Wilmanns 2181.

Iun(iae) Publiciae C. f. Pomponiai [s]t(olatae) [f(eminae?)] Die Lesung ist unsicher.

7. C. I. L. X, 5918 = Dessau 406 (Anagni).

Marciae Aurel(iae) Ceioniae Demetriadi stolatae feminae, ob dedicationem thermarum ... senatus populusque Anagninus statuam ponendam censuerunt.

Marcia ist nach Mommsens Vermutung die Konkubine des Kaisers Commodus, generis libertini, wie Victor epit. 17 sagt.

8. C. I. L. XIII, 1898 (Lyon).

D. m. memoriae perenni quiaeti aeternae Tertiniae Victorinae feminae rarissimae stolatae quondam.

9. Journ. of hell. stud. 1904 p. 10 = Cagnat, Inscript. ad res Roman. pertin. I n. 1907, nach der verbesserten Lesung von Wilcken, Arch. f. Papyrusforsch. IV, 242.

Ἡ γλυκυτάτη πατρί[ς]. | Αὐρήλιος Διόσκορος (ὁ) καὶ Ἑλλάδιος | ἐπίκλην Ἀκωρειτής, ἄρξας βου|λευτὴς τῆς λαμπροτάτης Ἀλε|ξανδρείας, καὶ Διοσκόραινα καὶ | Βησοδώρα, ματρώνα στολᾶτα | κρατίστη, τέκνα Αὐρηλίας τῆς Διοσ|κόρου, γενομένου εὐθενιάρ|χου κοσμητοῦ ἐξηγητοῦ | ὑπομνηματογράφου | βουλευτοῦ τῆς λαμπρο|τάτης πόλεως τῶν Ἀλε-| ξανδρέων, ἀνέστησαν ἐπ' ἀγαθῷ.

---

[1]) Das ist wohl einfach verunstaltet aus: praetextatae, worüber weiter unten im Text.

10. Cagnat, Inscr. Graec. ad res Rom. pert. III n. 116 (Sebastopol).

[Τ]ῆς ἀρίσ[της] | μνήμης [ἕνε]κε | . . . . | . . . . . | | | . . . . | σελ[λ]ιαν Μάξι|μαν τὴν καὶ Ἀμα|ζόνιν, τὴν σε|μνοτάτη(ν) ματρῶναν στο|λᾶταν, ἀρχιερίαν φιλότιμον | Ἰουλ. Ποτεῖτος | Ποντάρχης | ὁ ἀνήρ, μνή|μης χάριν.

11. BGU 860. Pachtofferte aus der Zeit des Gallienus.
Gerichtet an . . . *Ἡρακλείᾳ ματρώνᾳ στολάτᾳ [δι' Ἁρπο]κρατίωνος ἐρ[ευν]ητοῦ.*[1])

12. Pap. Flor. 16, 1. Pachtofferte a. d. J. 239.
Gerichtet an *Α[ὐρηλ(ίᾳ) Δη]μητρί[ᾳ] στολάτᾳ ματρώνᾳ θυγ(ατρὶ) Αὐ[ρηλ(ίου)] Ποσιδωνίο[υ] ὑπομνηματογράφου διὰ Αὐρηλ(ίου) Μαρίνου γυ(μνασιαρχήσαντος) βουλ(ευτοῦ) τῆς Ἀρσι(νοιτῶν) πόλεως.*

13. Pap. Flor. 100, 1. Rechnungslegung a. d. J. 231/32(?)
Gerichtet an *ματρώνᾳ στολάτᾳ θυγ Αὐρηλίου [τοῦ δεῖνος καὶ ὡς χρ]η(ματίζει) διὰ τοῦ ἀνδρὸς Αυρηλ(ίου) Ἀπιανοῦ | [ἐξηγ(ητεύσαντος) βουλ(ευτοῦ) προστάτου(?) τοῦ τῆς λαμπροτάτης πό]λεως τῶν Ἀλεξ(ανδρέων) ἱππικοῦ.*

Die Ergänzung *προστάτου τοῦ . . ἱππικοῦ* wird mit Recht von Wilcken, Arch. f. Papyrusf. III, 538, beanstandet; *ἱππικοῦ* ist vielmehr Genitiv von *ἱππικός* (Mommsen Staatsr. III, 481, 2. Magie, De Romanorum iuris publici sacrique vocabulis sollemnibus in Graecum sermonem conversis, 1905, S. 53).

14. Pap. Straßb. ed. Preisigke Nr. 8. Zahlung von *φόροι* für Pachtung einer Schafherde a. d. J. 276.

Διέγραψεν εἰς τὸν Αὐρηλίας Ἀπιανῆς Διοδώρας τ[ῆς] καὶ Ποσιδωνίας ματρώνας στολάτας καὶ Αὐρηλίου Φιλοξένου τοῦ κρατίστου ἀπὸ ἐπιτρόπων κτλ.[2])

---

[1]) Ergänzung von Schubart. — [2]) Wenn die hier genannte Aurelia Apiana nicht identisch ist mit der Aurelia des Florentiner Papyrus, so gehört sie sicher derselben Familie an. Der Papyrus Straßb. 8, Flor. 100 und Fay. towns 63 gehören zusammen. Man beachte, daß der Gatte der Aurelia auf Pap. Flor. 100 Aurelios Apianos heißt. Auf Pap. Flor. 100, 24 und Pap. Fay. towns begegnet das Dorf *Εὐημερία*.

15. P. Oxy. VI, 907, 4. Testament a. d. J. 276.

Das Testament wird errichtet von *Αὐρήλιος Ἑρμογένης ὁ καὶ Εὐδαίμων ἐξηγητὴς βουλευτὴς καὶ πρύτανις τῆς λαμπρᾶς καὶ λαμπροτάτης Ὀξυρυγχιτῶν πόλεως.* Zu Erben werden eingesetzt die fünf Kinder des Erblassers *ἐκ [τῆς συνούσης μοι . . . . γυναι]κὸς Αὐρηλίας Ἰσιδώρας τῆς καὶ Πρείσκας ματρώνας στολάτας.*[1])

Fragen wir nun nach der Bedeutung des Wortes *stolata,* so bezeichnet es die Frau, welche die Stola trägt oder tragen darf, und entspricht also der puella praetextata. Als solche Frauen aber lehrt uns Festus ep. p. 125 die Matronae kennen: *Matronas appellabant eas fere, quibus stolas habendi ius erat.*[2]) Die Stola wurde angelegt bei der Verheiratung. Cicero sagt zu Antonius in der zweiten Philippica (§ 44): *Sumpsisti virilem, quam statim muliebrem togam reddidisti. Primo vulgare scortum, certa flagitii merces, nec ea parva; sed cito Curio intervenit, qui te a meretricio quaestu abduxit et, tamquam stolam dedisset, in matrimonio stabili et certo collocavit.* Ganz ähnlich heißt es beim Petron c. 81: *qui die togae virilis stolam sumpsit.* Isid. Orig. 10, 152: *investis id est sine veste; nondum enim habet stolam, quod est signum maritalis virginitatis.*[3])

In Pap. Flor. 100, 18 könnte vielleicht mit *Ψεν* das Dorf *Σεντρεμπαεί* gemeint sein (cf. Preisigke Pap. Straßb. p. 30). Auf der Rückseite des Florentiner Papyrus steht ein Heroninosbrief, und auch im Pap. Straßb. wird *Ἡρωνεῖνος φροντιστής* genannt (6, 9). Vgl. noch Wilcken, Arch. V, 256.

[1]) Absichtlich ist in der Aufzählung fortgelassen C. III 1182 = Wilmanns 1632a, denn die Auflösung der Siglen S. P. in stolatae puellae halte ich für unmöglich. — [2]) Cf. Val. Max. 2, 1, 5: *in ius vocanti matronam corpus eius adtingere non permiserunt, ut inviolata manus alienae tactu, stola relinqueretur.* Isidor. Orig. 19, 25, 3: *stola matronale operimentum.* Vitr. 1, 5: *nec sunt passi (Caryatidas) stolas neque ornatus matronales deponere.* — [3]) Isid. Orig. 19, 25, 4 (zum Teil aus Serv. ad Aen. I, 282): *Idem (*scil. *stola) et ricinium Latino nomine appellatum, eo quod dimidia eius pars retro reicitur, quod vulgo Mavortem dicunt. Vocatum autem Mavortem, quasi Martem. Signum enim maritalis dignitatis et potestatis in eo est.* Das Mavorte oder Maforte, das nach Servius vulgärer Ausdruck für *recinium* oder *stola* ist, finden wir auch auf den Papyri erwähnt. Es ist, wie Servius und Isidorus lehren, ein Überwurf. Nur ein Pleonasmus ist der Ausdruck: *σουβρικομαφόρτιον*

Die Stola ist also nach diesen unzweideutigen Zeugnissen das Kleid der verheirateten, ehrenhaften Frau, der matrona.[1]) Man hat sich aber dabei nicht beruhigt, sondern gemeint, der Ausdruck *stolata* müsse noch etwas Besonderes bedeuten, und dabei hat man auf das *ius liberorum* geraten. Den hauptsächlichsten Anhaltspunkt für diese Annahme liefert eine Stelle der berühmten Cornelia-Elegie des Properz, der 'Königin der Elegien'. Es ist ein Trostgedicht an L. Aemilius Paulus, consul suff. d. J. 34 v. Chr., gerichtet aus Anlaß des Todes seiner Gemahlin Cornelia, einer Tochter der Scribonia, der Gemahlin des Augustus, aus einer früheren Ehe. Cornelia ist i. J. 16 oder 17 v. Chr. gestorben, und bald danach ist die Elegie gedichtet, also nach der lex Iulia de maritandis ordinibus, falls man diese in das Jahr 18 v. Chr. setzt, aber vor der lex Papia Poppaea. In diesem Gedicht nun legt Properz der Verstorbenen, die er vor dem Totenrichter redend einführt, folgende Worte in den Mund (4, 11, 61):

Et tamen emerui generosos vestis honores,
nec mea de sterili facta rapina domo.

Man erklärt das meistens dahin, daß sich Cornelia durch dreimalige Geburt das ius liberorum und damit die Stola erworben habe (emerui).[2]) Denn tatsächlich hatte sie ihrem Gemahl drei Kinder geschenkt. Aber mit Recht hat sich gegen diese Auffassung bereits der neueste Herausgeber des Properz, mein verehrter Kollege Max Rothstein, in seiner vortrefflichen Ausgabe (Berlin 1898) gewendet. Er bemerkt:

P. Oxy. 905, 7 wohl identisch mit dem *σουβϱικοπάλλιον* P. Oxy. 921, 4. BGU. 327, 7. CPR. I p. 124, wobei *σουβϱικο* verdorben ist aus *superior*: Keil, Gramm. Lat. I p. 553, 11 *superaria σουβϱικός, ἐσθῆτος εἶδος.* Zu vergleichen ist das öfters angeführte tunicopallium, worüber Marquardt-Mau, Privatleben der Römer 580, handelt.

[1]) Ein zweites Abzeichen der Matrona ist die Vitta. *Vitta* und *stola* werden daher oft zusammen genannt, z. B. Ovid. Trist. 2, 252:

Quas stola contingi vittaque sumpta negat.

Weitere Stellen bei Marquardt-Mau, Privatleben S. 46 n. 3. — [2]) So namentlich Hübner und Jörs a. a. O. Doch hat letzterer in der Festschrift für Mommsen (1893) S. 42 Bedenken geäußert und die Ansicht ausgesprochen, daß das Ehrenrecht der Stola jeder Mutter zugestanden habe.

'Cornelia gehört zu den Frauen aus guter Familie, die die Stola tragen durften, und sie hat sich dieser Auszeichnung würdig gemacht, indem sie die Pflichten vollständig erfüllt hat, die nach römischer Anschauung eine Frau, und besonders eine Frau, die mit einem Angehörigen eines alten Geschlechtes verheiratet ist, gegen den Staat erfüllen muß. *Emerere* ist hier also nicht von einer Belohnung gesagt, die man sich durch eine Leistung erwirbt, sondern von einer Auszeichnung, deren man sich nachträglich würdig macht; etwa „ich habe meine Stola abgedient", wie man *stipendia emerere* sagt'. Obwohl der Dichter die Stola nicht nennt, so kann kein Zweifel sein, daß er sie mit den *generosi vestis honores* meint; und er bezeichnet sie als Ehrenkleid, aber nicht als Ehrenkleid der dreimal Mutter Gewordenen, oder überhaupt der Mutter, sondern als Ehrenkleid der Gattin.[1]) Wenn der Dichter sagt, daß sich die Verstorbene durch mehrfache Geburten dieses Kleides besonders würdig gemacht habe, so ist das natürlich für das Ohr des Kaisers bestimmt, dessen Gesinnungen der Dichter sehr wohl kannte; es braucht aber darin keineswegs eine Anspielung auf Bestimmungen der soeben erlassenen lex Iulia zu liegen. Wenn mit dem Worte *stolata* das Dreikinderrecht bezeichnet wäre, so wäre nicht abzusehen, weshalb Frauen, die dieses Recht besitzen, sich das eine Mal *ius liberorum habens*, das andere Mal *femina stolata* nennen. Zu beachten ist auch folgendes. Die Pachtofferten, die an eine sich des Kinderrechts rühmende Frau gerichtet sind (BGU III 920. P. Tebt. II 378. Arch. Pap. I 299, 17), gehen an die Frau direkt, der nur einmal (Arch. I 299) ihr Gatte zur Seite steht *(συμπαρόντος καὶ τοῦ ἀνδρός)*. Bei den Pachtofferten an eine *ματρῶνα στολᾶτα* dagegen (BGU 860. Pap. Flor. 16. 100) ist die Frau jedesmal vertreten. Sie verpachtet nicht etwa *χωρὶς κυρίου* oder *συμπαρόντος* oder *συνεστῶτος ἀνδρός,* sondern *διὰ τοῦ δεῖνος,* geradeso wie der Mündel verpachtet *δι' ἐπιτρόπου*[2]) oder die bevormundete Frau *διὰ φροντιστοῦ*.[3]) Der Vertreter der

[1]) Das Mutterwerden ist keine Bedingung für die Stola, sondern eine Auflage. — [2]) Wenger, Stellvertretung 251. — [3]) Wenger a. a. O. 253. Ob *φροντιστής* hier den *κύριος* bezeichnet, ist freilich nicht ganz sicher. Dafür ist Weiß, Arch. IV, 94.

Frau wird das eine Mal ausdrücklich als ihr Mann bezeichnet (Pap. Flor. 100), ist also doch wohl ihr *κύριος*. In den beiden anderen Fällen ist die Beziehung zwischen dem Vertreter und der Verpächterin nicht erkennbar, und man könnte einwenden, daß die Frau hier durch einen freien Vertreter handelt, durch den sie aus irgendeinem Grunde ihre Geschäfte besorgen läßt.[1]) Aber dem steht entgegen, daß in dem einen Falle der Vertreter ein *γυμνασιαρχήσας βουλευτής τῆς Ἀρσινοιτῶν πόλεως* ist (P. Flor. 16), den wir schwerlich als einen beauftragten Geschäftsführer oder Prokurator der Frau ansehen dürfen, in dem wir vielmehr einen sie irgendwie beratenden oder bevormundenden Mann zu sehen haben, der sogar sehr wohl ihr Gatte sein kann, wenn das auch nicht ausdrücklich gesagt ist.

Daß die Stola nicht durch Kindergeburten, sondern durch die Ehe erworben wird, beweist auch folgende Inschrift aus Minturnae (C. I. L. I 1194 = X 6009 = Wilmanns 558):

Boneis probata, inveisa sum a nulla proba.
Fui parens domineis senibus; huic autem opsequens.
Ita leibertate illei me, hic me decoraat stola.

Die Eltern haben sie freigelassen, der Sohn hat sie geheiratet und ihr damit die Stola verschafft; daß sie ihm Kinder geboren hat, davon sagt die Inschrift kein Wort.[2]) Sie würde es schwerlich verschweigen, wenn es der Fall gewesen wäre. Es beweisen endlich noch die oben angeführten Stellen aus Ciceros Philippica und aus Petron, daß das Recht, die Stola zu tragen, nur von der Eheschließung abhängt.

Ist somit die Beziehung des Ausdrucks *femina* oder *matrona stolata* auf das *ius liberorum* abzuweisen, so ist doch insofern den Forschern, die der Frage näher getreten sind, Recht zu geben, als mit der fraglichen Bezeichnung ein besonderer Sinn zu verbinden ist. Sie muß irgendeine besondere Standesauszeichnung enthalten, die nicht jeder

---

[1]) Vgl. Wenger a. a. O. 252, 1. — [2]) Zu vergleichen ist auch C. I. L. VI, 14338 (Wilm. 554):

Omnes hei mei sunt: filius illum manu,
Ille illam mereto missit et vestem dedit.

Frau zukam, die z. B., wie die oben angeführte Inschrift [1]) lehrt, mit der Freilassung noch nicht erworben wurde. Und in der Tat leitet schon die Inschrift auf den richtigen Weg. Wie freigelassene Männer durch Verleihung des Ius anulorum oder der Restitutio natalium eine bessere Rechtsstellung oder einen höheren Rang erhalten konnten, so war das gleiche auch bei Frauen zulässig.[2]) Das äußere Zeichen aber für eine solche Rangerhöhung der Frauen war, entsprechend dem Ringe der Männer, die Stola. Das bestätigt ganz ausdrücklich Plinius nat. hist. XXXIII, 40. Er spricht dort von dem Überhandnehmen des Goldschmuckes, und er sagt, die Frauen mögen sich den ganzen Leib mit Gold behängen, sie mögen goldene Ringe an den Füßen tragen[3]): *atque inter stolam plebemque hunc medium feminarum equestrem ordinem faciet.* Also ausdrücklich wird hier gesagt, daß die Stola das Unterscheidungszeichen ist, das die vornehmen Frauen von den Plebejerinnen trennt.[4]) Zwischen Stola und Plebs gibt es keine Zwischenstufe, anders als bei den Männern, bei denen zwischen dem Senatorenstand und der Plebs der Ordo equester steht. Aber die goldenen Fußringe könnten auch hier den neuen Stand schaffen. Die Stola ist demnach das Kleid der Frau des Senators und des Ritters. Die Freigelassene erlangt es entweder durch die Ehe (C. I. L. I 1194) oder durch Restitutio natalium oder Verleihung des ius anulorum (so Marcia auf Nr. 7 = C. I. L. X, 5918), die Freigeborne nur durch Ehe. Die femina stolata in N. 3 und 4 ist die Gattin eines Vir egregius, die *ματρῶνα στολᾶτα* in Nr. 9 heißt *κρατίστη* als Gattin eines *κράτιστος*[5]) (= vir egregius), in Nr. 13 eines *ἱππικός,* und wahrscheinlich eines *ἐξηγητεύσας βουλευτής,* in Nr. 15 eines *ἐξηγητὴς βουλευτὴς καὶ πρύτανις.* In Nr. 11

[1]) Auch die in der vorstehenden Note angeführte. — [2]) Dig. 40, 10, 4. Mommsen, Staatsr. II[3], 893, 3. Leist, Patronatsrecht II, 311. — [3]) Goldne Beinringe (periscelides) trägt auch Fortunata, die Frau des Trimalchio, Petron c. 67. — [4]) Vgl. auch Tertull. Apol. 6, 2: *video et inter matronas atque prostibulas nullum de habitu discrimen relictum,* im Gegensatz zu § 1: *illae leges abierunt . . . quae dignitatum et honestorum natalium insignia non temere nec inpune usurpari sinebant,* womit zu vergleichen ist Apul. Flor. 1, 8, 28 und Paul. Sent. 5, 25, 12. — [5]) Vgl. Hirschfeld, Röm. Verwaltungsbeamte S. 453. Wilcken, Archiv IV, 242. V, 233 zu Tebt. II, 286, 5.

ist vielleicht Harpokration ihr Gatte und statt *ἐρ[ευν]ητοῦ* zu lesen: *ἐξ[ηγη]τοῦ.* Einmal, in Nr. 12, ist sie die Tochter eines *ὑπομνηματογράφος,* in Nr. 9 die Enkelin eines solchen[1]), also von vornehmer Herkunft, doch ist das für die Bezeichnung *ματρῶνα στολᾶτα* vielleicht unwesentlich, obgleich die Möglichkeit der Vererbung des Rangtitels nicht ausgeschlossen ist und wir auf Nr. 1 eine *filia stolata*[2]) haben. Aber zu beachten ist, daß auf der Pachtofferte in Nr. 12 (P. Flor. 16) die Frau zweimal als *εὐσχήμων* bezeichnet wird, was Vitelli als *nobil signora*[3]) erklärt. Mit dem *ius liberorum* hat nach alledem die Bezeichnung '*stolata femina*' höchstens insofern etwas zu tun, als die Verleihung jenes Rechtes an unverheiratete Frauen — diese kam gewiß ebensogut vor, als die Verleihung des Rechtes an unverheiratete Männer[4]), wenn ich auch für die erstere ein sicheres Beispiel nicht nachzuweisen vermag — wohl das Recht, die Stola zu tragen, inbegriff.

IV.

Daß im gräko-ägyptischen Rechte die Frauen die Vormundschaft über ihre Kinder führen durften, ist bekannt und neuerdings durch viele Beispiele der Papyri belegt.[5]) Insbesondere ist das Quellenmaterial durch den sechsten Band der Oxyrynchospapyri um mehrere interessante Stücke vermehrt worden. So haben wir in Nr. 909 den bereits oben (Zeitschr. 30, 175) erwähnten Verkauf von Akanthusbäumen, wobei die Mutter Aurelia Eudaimonis neben dem Vormund *(ἐπίτροπος)* ihrer

---

[1]) Hier ist merkwürdigerweise nur ihre Mutter, nicht ihr Vater genannt. — [2]) Über die *puella stolata* s. o. S. 179 Anm. 1. — [3]) *ἡ εὐσχήμων* dürfte der *femina honestissima* entsprechen: Dig. 25, 4, 1, 10 (Edikt), 25, 4, 1 pr. (Reskript der Divi Fratres), 32, 37, 6 (Scaev. l. 18 Dig.). Oder sollte diese etwa für *femina stolata* interpoliert sein? An den beiden ersten Stellen handelt es sich um die Frau, in deren Hause eine Geburt unter Kontrolle stattfinden soll. Hierzu wird man doch wohl das Haus einer verheirateten Frau bestimmt haben, und eben dies würde durch '*stolata*' deutlicher ausgedrückt sein als durch '*honestissima*'. — [4]) Vgl. C. I. L. V, 4392. *P. Atilio Philippo ornamentis decurionalibus Brixiae Veronae Cremonae [honorato] et iure quattuor [liberorum] usuque anulorum a d[ivo . . .] etc.* — [5]) Vgl. besonders den Aufsatz von Wenger 'Zur Vormundschaft der Mutter' in dieser Zeitschrift 26, 449 f.

unmündigen Kinder Aurelius Ptollion als *ἐπακολουθήτρια*[1]) wirkt. Damit ist zu vergleichen das Testament a. d. J. 276 (Nr. 907), in welchem Aurelius Hermogenes seine fünf Kinder zu Erben einsetzt, seiner Gattin Aurelia Isidora gewisse Grundstücke vermacht, als Vormund der drei unmündigen Kinder den Aurelius Demetrios bestellt und hinzufügt: *ἐπακολουθούσης πᾶσι τοῖς τῇ ἐπιτροπείᾳ διαφέρουσι τῆς προγεγραμμένης μου γυναικὸς Ἰσιδώρας τῆς καὶ Πρείσκας, καὶ διὰ τοῦτο οὐ βούλομαι ἄρχοντα ἢ ἀντάρχοντα ἢ ἕτερόν τινα παρεντιθέναι ἑαυτόν.* Das Verbot der Einmischung von Beamten ist natürlich wirkungslos, soweit Ius cogens entgegensteht[2]), und es wäre gegenüber dieser testamentarischen Bestimmung der Bescheid des Papinian Dig. 26, 2, 26 pr. (l. 4 resp.) anzuwenden:

> Iure nostro tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur, nec, si provinciae praeses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreverit, successor eius sententiam, quam leges nostrae non admittent, recte sequetur.

Auch kann die ständige Kontrolle der Mutter, unter welche der Vormund gestellt ist, diesen von seiner Verantwortlichkeit nicht befreien, wie ein anderer Bescheid des Papinian, den Ulpian Dig. 26, 7, 5, 8 aufbewahrt hat, lehrt:

> Papinianus libro quinto responsorum ita scribit: pater tutelam filiorum consilio matris geri mandavit et eo nomine tutores liberavit. non idcirco minus officium tutorum integrum erit, sed viris bonis conveniet salubre consilium matris admittere, tametsi neque liberatio tutoris neque voluntas patris aut intercessio matris tutoris officium infringat.[3])

Diese Stelle sieht aus, als ob sie auf das Testament des Aurelius Hermogenes zugeschnitten wäre. Es ist aber schwer zu sagen, welche Befugnisse der Testator der *ἐπακολουθοῦσα* eingeräumt wissen will. Geht seine Absicht so weit, wie die des Erblassers in dem griechischen Testament,

---

[1]) Vgl. Mitteis in dieser Zeitschr. 28, 387. — [2]) Dig. 26, 7, 5, 7: *nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus nec mutare formam antiquitus constitutam.* — [3]) Wenger a. a. O. S. 450.



dessen Wortlaut uns Scaevola Dig. 26, 7, 47 pr. aufbewahrt hat?[1]) Dort heißt es:

βούλομαι καὶ παρακαλῶ πάντας (l. *πάντα*) *γίγνεσθαι μετὰ τῆς Μαιβίου τοῦ ἀδελφοῦ μου γνώμης, καὶ δίχα αὐτοῦ τὸ γινόμενον ἄκυρον ἔστω.*

Das würde sehr erklärlich machen, weshalb in Pap. Oxy. VI, 909 die *ἐπακολουθήτρια* beim Verkauf der Akanthusbäume mitwirkt. Merkwürdig ist aber, daß der Erblasser in Pap. Oxy. VI, 907 dem von ihm ernannten Vormund in der Person seines Vetters noch einen Beirat zugesellt: *ἐπιτέλλω γὰρ καὶ τῆς τοῦ ἀνεψιοῦ μου Διδύμου εἶναι εὐσεβείας βοηθήσειν τῷ Δημητρίῳ ἐν οἷς ἐὰν αὐτοῦ [δέηται].* In welchem Verhältnis stehen nun Vormund, Mutter und Berater? Man möchte annehmen, daß die eigentliche Geschäftsführerin die Mutter ist, der Vormund nur nominell mitwirkt, und bei allen wichtigeren Angelegenheiten der Rat des Vetters einzuholen ist. In der Apographe Pap. Lips. 9 handelt ja auch die Mutter Aurelia Heronous, die sich *ἐπακολουθήτρια* nennt, als Vertreterin ihrer Kinder unter Beistand *(συνεστῶτος αὐτῇ)* des Aurelius Hermias, der als *ἐπίτροπος* nicht bezeichnet wird, es aber vielleicht ist. Ebenso erbittet BGU 1070 Aurelia Isidora als *ἐπακολουθήτρια* einen *ἐπίτροπος* für ihre Kinder; auch hier scheint sie selbst die Geschäfte zu führen, aber die nominelle Einsetzung eines *ἐπίτροπος* ist erforderlich. Überall scheint es sich um römische Bürger zu handeln, bei denen im dritten Jahrhundert die Vormundschaft der Mutter unmöglich ist. Sie scheint also bei den Gräkoägyptern, die das römische Bürgerrecht erlangten, in der Weise aufrechterhalten worden zu sein, daß die Mutter zur *ἐπακολουθήτρια* gemacht und neben ihr formell ein Vormund bestellt wurde. Dieser war nun nach römischem Recht allerdings allein verantwortlich. Übrigens mußte die mit der Vormundschaft betraute Mutter schon deshalb einen Vormund erbitten, damit sie sich das Erbrecht in das Vermögen ihrer Kinder nach dem Senatusconsultum Tertullianum sicherte. Aber in gewissen Fällen haben selbst die Römer davon dispensiert, Dig. 38, 17, 2, 46:

---

[1]) S. darüber diese Zeitschr. 29, 215.

Si forte quis uxorem communis filii matrem heredem scripsit rogavitque remissa etiam satisdatione, ut filio puberi facto restitueret hereditatem, nec mater ei petiit tutores, debet dici cessare constitutionem, cum patris voluntatem secuta sit et nihil habenti filio tutores non petierit.

Dagegen in § 25 heißt es:

Quid si pater eis peti prohibuerat tutorem, quoniam per matrem rem eorum administrari voluit? incidet, si nec petat nec legitime tutelam administrat,

wo der Schlußsatz interpoliert ist (Lenel, Pal. Ulpian. 2523).

Ob der folgende Paragraph echt ist, ist gleichfalls zu bezweifeln:

Quod si penitus egenis filiis non petiit, ignoscendum est ei.

Daß bei den Römern die Fälle gar nicht selten sind, in denen der Mutter, wenn auch nicht de iure, so doch de facto die Verwaltung des Kindesvermögens übertragen oder überlassen wurde, hat schon Mitteis wiederholt bemerkt[1]) und mehrere Stellen des Corpus Iuris bezeichnet, in denen solche Fälle zur Sprache kommen (Dig. 3, 5, 30 (31), 6. 46, 3, 88.[2]) Cod. 4, 29, 6. 5, 45, 1. 5, 46, 2). Diese liegen zumeist derart, daß die Vormünder in die Geschäftsführung der Mutter gewilligt haben; aber gezwungen werden konnten sie dazu natürlich nicht. Wollte der Gatte der Frau die Geschäftsführung in der Weise übertragen, daß die Einmischung eines Vormunds möglichst ausgeschaltet war, so konnte er, wie wir soeben aus Dig. 38, 17, 2, 46 ersahen, dies in der Weise erreichen, daß er sie zur Alleinerbin ernannte und ihr ein Universalfideikommiß zugunsten der Kinder auferlegte. Diesen Fall haben wir Dig. 36, 1, 76 (74), 1:

Fabius Antoninus impuberem filium Antoninum et filiam Honoratam relinquens exheredatis his matrem eorum Iuniam Valerianam heredem instituit et ab ea trecenta et quasdam res filiae reliquit, reliquam omnem hereditatem filio Antonino, cum ad annum vicensimum aetatis perve-

[1]) Zu den Leipziger Papyri S. 33 und in dieser Zeitschrift 28, 387. Vgl. auch Dig. 3, 5, 33 (34). 26, 7, 5, 8. Rudorff, Vormundsch. I, 246f. — [2]) Vgl. dazu Glück 32, 326; von Velsen in dieser Zeitschr. 21, 92.

nisset, voluit restitui: quod si ante annum vicensimum decessisset filius, eam hereditatem Honoratae restitui praecepit.

Dieses Testament war gültig und unanfechtbar[1]), weil die Ehegatten untereinander durch den Besitz von zwei lebenden Kindern die libera testamenti factio erlangten.[2]) Die Frau wäre auch, wenn sie das ius trium liberorum gehabt hätte, solidi capax gewesen. Aber daß hier die Erbeseinsetzung der Frau nichts anderes sein sollte als eine verschleierte Vormundschaftsbestellung, zeigt der Vergleich mit Dig. 36, 1, 48 (46). Dort setzt der Admiral der britannischen Flotte den Trierarchen Valerius Maximus zum Fiduziarerben ein und trägt ihm auf, seinem, des Erblassers, Sohne Seius Oceanus nach dessen vollendetem sechzehnten Lebensjahre die Erbschaft auszufolgen. Als Seius kurz vorher stirbt, will der Fiduziarerbe die Erbschaft behalten, während andrerseits Mallius Seneca, mütterlicher Oheim des Knaben, *proximitatis nomine* darauf Anspruch macht. Es wird zugunsten des Oheims entschieden mit der Begründung: *prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse, quam incertum (certum* Heraldus*) diem fideicommisso constituisse videtur.* Diese Form der tatsächlichen Übertragung der Vermögensverwaltung an Nichtvormünder muß, wie die in Note 1 dieser Seite angeführten Stellen zeigen, nicht selten gewesen sein.[3]) Wo sie nicht gewählt wurde, hatte doch oft die Mutter und selbst die Großmutter das Mündelvermögen in Händen und verwaltete es, wie außer den von Mitteis bereits angeführten Stellen noch Dig. 3, 5, 31 (32), 1 und 3, 5, 33 (34) zeigen.

Auch die Mutter benutzte das Erbschaftsfideikommiß, um die Verwaltung des Vermögens ihrer Kinder solchen Personen zuzuwenden, die ihr besonders vertrauenswürdig erschienen, da sie Vormünder im Testamente nicht bestellen

---

[1]) Die Enterbung der Kinder ist als eine exheredatio bona mente anzusehen, im Sinne von Dig. 28, 2, 18. 38, 2, 12, 2. — [2]) Ulp. Reg. XVI, 1a und dazu Jörs, Festschr. S. 64 n. 2. — [3]) Dig. 28, 2, 18: *Multi non notae causa exheredant filios nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, ut puta impuberibus, eisque fideicommissam hereditatem dant.* Ähnlich 38, 2, 12, 3.



und die Agnatentutel nicht ausschließen konnte.[1]) Das zeigt sehr deutlich Dig. 36, 1, 80 (78), 1 (Scaev. l. 21 Dig.):

> Maevia duos filios heredes reliquerat et eodem testamento ita cavit: 'fidei autem heredum meorum committo, uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium, quos etiam si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis, ut hi restituant nepotibus meis, prout quis eorum ad annos viginti quinque pervenerit, pro portione, vel si unus, ei omnem.' quaesitum est, an fideicommissum praestari a scriptis heredibus Lucio Titio et Gaio Seio debeat. respondit secundum ea quae proponerentur Lucium Titium, item Gaium Seium fideicommissum petere non posse.

Die Erblasserin, die ihre beiden Söhne zu Erben eingesetzt hat, beschwert sie scheinbar mit einem Fideicommiß zugunsten zweier Extranei; in Wirklichkeit sind aber die mit dem Fideikommiß Bedachten die Kinder der zu Erben eingesetzten Söhne, die sich, wie man annehmen muß, in der Gewalt ihrer Väter befinden.[2]) Daher ist das Fideikommiß ungültig. Man hat dies eigentümliche Testament wiederholt mit gutem Grund im Zusammenhang mit der Lehre von der Testamentsvollstreckung behandelt.[3]) Das führt auf die Vermutung, daß die Abfasserin des Testamentes eine Griechin ist; und nach griechischem Rechte würde der Gültigkeit des Testaments wohl nichts im Wege stehen. Unsere Stelle wäre dann ein Beitrag zu dem, was ich in meiner Abhandlung über die griechischen Tatbestände in der kasuistischen Literatur in Band 28 und 29 dieser Zeitschrift ausgeführt habe. Vergleichen kann man namentlich das Testament des Akusilaos (Pap. Oxy. III, 494), in welchem zwar der Sohn des Erblassers zum Erben eingesetzt ist, der tatsächliche Genuß

---

[1]) Dig. 26, 3, 1. l. 2. l. 11. Allerdings soll, wie l. 1 u. 2 sagen, der von der Mutter im Testament genannte Vormund vom Prätor oder Prokonsul *ex inquisitione* bestätigt werden. — [2]) Seius und Titius sind nur Vermittler der Zuwendung, personae interpositae. Ähnlich Dig. 39, 6, 18, 2 = 34, 3, 3, 2. Vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 23 n. 32. — [3]) So Mühlenbruch bei Glück XLIII, 395. Deutsch, Der Vorläufer des heutigen Testamentsvollstreckers im röm. Recht, Berlin 1899, S. 23f. Vgl. Dig. 34, 1, 9 pr. und dazu Cuiacius Opp. IV, 1181. Dig. 34, 1, 8.

der Erbschaft aber in vollstem Umfange der Witwe des Erblassers vermacht und der Erbe auf eine Rente beschränkt ist. Auch in unserem Digestenfalle würden natürlich die Söhne, wenn sie gezwungen werden könnten, die Substanz an Gaius Seius und Lucius Titius herauszugeben, wenigstens den Anspruch auf die Falcidische Quart haben.[1]) Aber das ganze Fideicommiß ist nach den Sätzen des römischen Rechts nicht aufrechtzuhalten. In unserem Zusammenhang interessiert nun besonders der Satz: *quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis.*[2]) Die Erblasserin hätte gerne durch Einsetzung von Kuratoren ihren Enkeln das Vermögen gesichert, da sie wohl Grund hat, ihren Söhnen nicht zu trauen. Aber mit einer gewissen Resignation spricht sie es aus, daß sie auf diesen Wunsch verzichten muß. Und der Weg, den sie einschlägt, um ihre Absicht zu erreichen, führt nicht zum Ziel! Doch hätte es auch nach römischem Recht wohl eine Möglichkeit gegeben, den Wunsch der Erblasserin zu erfüllen; sie hätte die Söhne zu Erben einsetzen sollen unter der Bedingung, daß sie die Kinder emanzipierten und ihnen Dreiviertel der Erbschaft restituierten.[3])

Führt ein von der Mutter bestellter Vormund die Verwaltung des Mündelvermögens, so sind seine Rechtsgeschäfte nichtig. Dig. 26, 7, 47, 3 (Scaev. l. 2 resp.):

> A matre datus testamento tutor cum putaret se tutorem esse, distraxit bona materna et paterna pupillorum et

---

[1]) Vgl. Dig. 34, 1, 9. — [2]) Ein ganz ähnlicher Fall liegt vor D. 22, 1, 3, 3 (Pap. l. 20 quaest.). Pollidius wird von einer Verwandten zum Erben eingesetzt und gebeten die Erbschaft der Tochter der Erblasserin später zu restituieren *idque sibi mater ideo placuisse testamento comprehendit, ne filiae tutoribus, sed potius necessitudini res committerentur.* Diesen Grund drückt Papinian in seiner Entscheidung mit den bezeichnenden Worten aus: *lubrico tutelae fideicommissi remedium mater praetulerat.* — [3]) Paul. Sent. IV, 13, 1, eine allerdings interpolierte Stelle (Mitteis, Privatr. p. 167 u. 195, 3). Dig. 35, 1, 92. 36, 1, 52. — Dig. 26, 3, 11 bestellt eine Großmutter ihren Enkeln im Testament einen Kurator und setzt ihm ein Fideikommiß aus. Er wird zur Verwaltung des Vermögens der Enkel genötigt, indem der Auftrag als Fideikommiß ausgelegt wird, aber die Eigenschaft eines Kurators wird ihm abgesprochen.

decessit non solvendo: quaeritur, an pupillus res possit vindicare. respondi, si manent res pupilli, vindicari ab eo posse.[1])

Bei dem Vorbehalt '*si manent res pupilli*' denkt der Jurist wohl hauptsächlich an den Fall, daß die veräußerten Sachen usukapiert sind[2]), weniger an den Untergang der Sachen[3]); denn dann hätte er nicht gesagt: *si res pupilli manet*, sondern: *si res exstat.* Cuiacius[4]) wollte die Vindikation des Pupillen nur dann zulassen, wenn der falsus tutor nicht zahlungsfähig ist. Indessen darf eine solche Einschränkung aus unserer Digestenstelle nicht herausgelesen werden. Die Worte: *decessit non solvendo* gehören dem Tatbestande an und sind für die Entscheidung unerheblich. Cuiaz glaubte, daß im Falle der Zahlungsfähigkeit des Scheinvormunds dem Mündel mit der Actio protutelae geholfen werden könne. Dann mußte seiner Vindicatio eine exceptio doli vom Dritterwerber entgegengestellt werden können; sie wird aber in Dig. 44, 4, 4, 24 ausdrücklich versagt:

si is, qui pro tutore negotia gerebat, rem vendiderit nec (et *codd.*) usucapta sit, exceptionem non nocere pupillo rem suam persequenti.

Der Mündel hatte vielmehr die Wahl, ob er gegen den Dritterwerber die Rei Vindicatio oder gegen den Scheinvormund die Actio protutelae anstrengen wollte.[5]) Wählte er die letztere und erreichte er mit ihr seinen Zweck, so wird man dem Käufer die Exceptio doli gewährt haben oder dem Mündel die Vindicatio denegiert haben.[6])

Die Mutter konnte also ihren Kindern im Testament keinen Vormund ernennen, sondern nur einen solchen vorschlagen; aber ihr Vorschlag sollte vom Praetor tutelaris

---

[1]) Vgl. Dig. 27, 9, 8 pr. 15, 1, 52 pr. Rudorff, Vormundschaft II, 385. — [2]) Dig. 27, 5, 2. 44, 4, 4, 24. Vgl. diese Zeitschr. 30, 168f. — [3]) So Rudorff a. a. O. Anm. 6. — [4]) Opera ed. Neap. VI 725. — [5]) Vgl. Bachofen, Ausgewählte Lehren des römischen Zivilrechts (1848) S. 129. Dig. 26, 7, 56 und dazu Siber, Passivlegitimation bei der Rei Vindicatio S. 60. Hupka, Vollmacht S. 328 und die bei diesen beiden Autoren zitierte ältere Literatur. — [6]) Vgl. Dig. 27, 9, 10. Die Stelle bezieht sich auf ein anderes Rechtsverhältnis *(illicite post senatusconsultum pupilli vel adulescentis praedio venumdato)*; aber ihre Entscheidung kann ohne Bedenken für unseren Fall verwertet werden.

oder Statthalter tunlichst berücksichtigt werden. Die lebende Mutter hatte für ihre Kinder einen Vormund zu erbitten, widrigenfalls sie des Erbrechts aus dem Senatusconsultum Tertullianum verlustig ging. Solche Gesuche liegen uns vor BGU 1070 a. d. J. 218 und Pap. Tebt. 326 a. d. J. 266. Das erste ist von Aurelia Isidora aus Oxyrynchos gerichtet an den *Ἱερεὺς ἔναρχος ἐξηγητὴς τῆς Ὀξυρύγχων πόλεως*[1]), das zweite von Aurelia Sarapias aus Antinoe an den Präfekten Iuvenius Genialis.[2]) In dem letzteren kann die Rücksicht auf das S. C. Tertullianum nicht für die Petentin bestimmend gewesen sein, denn sie hat nur ein Kind — wenigstens erwähnt sie nur dies eine — und besitzt auch wohl nicht das ius trium liberorum, da sie sonst wohl nicht unterlassen würde, dies zu erwähnen; allerdings reicht sie ihr Gesuch ohne Beistand eines *κύριος* ein, aber das ist nicht beweisend.[3]) Zum Vormund für ihre unmündige Tochter Paulina schlägt sie ihren Bruder Sarapion Alexander vor.[4]) Auf dem Berliner Papyrus könnte die Sorge um die Erbschaft der Kinder wohl mitgesprochen haben, um die Mutter zur Einreichung des Gesuches zu bestimmen; sie hat jedenfalls mehrere Kinder, wie viele, ist freilich wegen der mangelhaften Erhaltung des Papyrus nicht ersichtlich.[5]) Daß die Mütter im allgemeinen sehr säumig waren in der Erbittung von Tutoren, zeigt jetzt das Edikt des Präfekten Flavius Valerius Pompeianus v. J. 287 (Pap. Oxy. VI 888), wo es heißt:

> *οἱ τοῦ χειροτονεῖν κύριοι καθεστῶτες . . . . ποιείσθωσαν τοὺς καθ᾽[ἡλ]ικίαν κηδεμόνας· οὕτω γὰρ συμβήσεται τῆς π[ροσ]ηκ[ούσης ἐπιμελείας τ]υγχάνειν, ὡς νῦν γε [π]ολλὰ τῶν ὀρφανικῶν πραγμάτων τῶν ἐπὶ το[ῖς] κη[δεμόσιν ὄντων ἀνα]βολῆς τυγχάνειν διὰ τὸ μὴ παρεῖναι τοῖς ὀρφανοῖς ἐπιτρόπους ἤτοι κου[ράτορας].*

---

[1]) Vgl. auch P. Lond. III p. 156 und dazu Wilcken, Arch. IV 550; die Petentin ist hier aber Griechin. — [2]) Vgl. Mitteis in dieser Zeitschrift 29, 396. — [3]) Doch s. diese Zeitschr. 30, 182 Anm. 2 — [4]) Z. 11 würde ich statt *προ[στ]ήσεσθαι* lieber ergänzen *προ[νο]ήσεσθαι*. — [5]) Z. 9 ergänzt Wilcken, Arch. IV, 563: *πρὸς τὰ τούτων ἑξῆς ἀκόλουθα γενέσθαι καὶ [τὰ δίκαια αὐτῶν μὴ ἀ]πολέσθαι.* Sollte es vielleicht geheißen haben: *τὰ ἐμὰ δίκαια*, eben mit Rücksicht auf das mütterliche Erbrecht?

Die Petentin der Berliner Urkunde schlägt als Vormund den väterlichen Oheim der Kinder *(τὸν πρὸς πατρὸς αὐτῶν θεῖον ὄντα)* vor, den sie ausdrücklich als wohlhabend *(εὔπορος*, idoneus) bezeichnet.[1] Beide Gesuche, sowohl das des Tebtunispapyrus als das der Berliner Urkunde, ergehen *τῷ ἰδίῳ κινδύνῳ*.[2] Der Zusatz ist überflüssig, denn die Mutter macht sich durch Nomination des Tutors eo ipso haftbar[3] und kann durch Übernahme der Gefahr auch andere, zumal den bestellenden Beamten von der Haftung nicht befreien.[4]

Unsere Betrachtung hat uns gezeigt, daß die Römerinnen in Ägypten sich auf das Ius liberorum berufen in Fällen, in denen sie nach römischem Recht die Hinzuziehung eines Tutors nicht nötig hätten, daß sie aber trotzdem häufig ihre Rechtsgeschäfte mit Beistand eines Mannes abschließen, der zwar nicht *κύριος* genannt wird, aber dessen Rechtsstellung einnimmt, daß sie die Vormundschaft führen, wenn nicht als Tutrix, so doch als *ἐπακολουθήτρια*, wogegen mir ein Fall, in dem eine Mutter einen Vormund ernannt hätte, nicht bekannt geworden ist. Auch echte Römerinnen haben wohl gelegentlich tatsächlich die vormundschaftliche Verwaltung des Kindesvermögens geführt, und man ist dagegen nicht immer mit der ganzen Schärfe des Rechts eingeschritten; aber im ganzen sind solche Fälle doch Ausnahmen. Die Vergleichung dürfte vielmehr von neuem erwiesen haben, wie zähe sich die einheimischen Rechtsbräuche in Ägypten gegenüber dem römischen Recht behaupteten und wie man sich formell mit dem fremden Rechte abzufinden verstand, ohne sich doch seinen wahren Inhalt anzueignen. Eine innerliche Verbindung des fremden Reises mit dem Stamme, dem es aufgepfropft war, erfolgte nicht. Gerade die Rechtstellung der Frau, ihre Geltung und Schätzung im Verkehr kann durch Gesetzesvorschriften schwer bestimmt werden;

---

[1]) Dies im Einklang mit der Bestimmung der Oratio Severi. Dig. 26, 6, 2, 1; 2. 38, 17, 2, 32. Rudorff, Vormundsch. I 425. — [2]) so ist also nach Pap. Tebt. II 326, 12 wohl auch auf dem Berliner Papyrus zu ergänzen, statt wie Viereck vorschlägt: *[τῷ ἐμῷ] κινδύνῳ*. — [3]) Rudorff, Vormundsch. III 150. Dig. 26, 6, 2, 5: *respondit (Paulus), si matris iudicium princeps secutus curatores filiae eius dedit, periculum administrationis eorum eam respicere debere.* — [4]) S. o. S. 185.

wie das Recht im ganzen, so hängt sie ganz besonders von den Volksanschauungen ab. Mochte sich die griechische Frau, die das römische Bürgerrecht und das Ius liberorum hatte, auch über ihre Geschlechtsgenossinnen von geringerem Bürgerrecht oder geringerer Kinderzahl hoch erhaben dünken und sich ihres Ehrenrechtes bei jeder Gelegenheit rühmen: wenn sie einen Vertrag abzuschließen hatte, so brachte sie doch ihren Beistand mit zum Notar. Denn sie wußte wohl, daß der Gegner sie verwundert anblicken und vielleicht gar nicht einmal an das Geschäft herangehen würde, wenn sie allein käme; sie traute sich auch vielleicht selbst nicht genug, um eine wichtige Angelegenheit allein zu erledigen. Möge unsere Darstellung, bei der wir uns bemüht haben, die Papyri und die Pandekten zu gegenseitiger Erläuterung zu verwerten, als eine Fortsetzung der in den beiden vorangehenden Bänden dieser Zeitschrift niedergelegten Untersuchungen betrachtet werden.

Nachtrag. Wie mir Bruno Keil mitteilt, finden sich auch auf asiatischen Inschriften Hinweise auf das ius liberorum, so in Pisidien (Bull. de Corresp. Hellén. 1899 XXIII 191 n. 59): *Αὐρηλία Ὁπλητιανὴ Περίκλια αὐτεξούσιος τέκνων δικαίῳ;* in Lydien (Bull. de Corr. Hell. 1887 XI 466 n. 33): *Μαρκία Σαρδιανὴ καὶ Θυατειρηνή, ἔχουσα τέ[κν](ω)ν δίκαιον*, erkannt und ergänzt von Keil, Hermes XLIII 563. Ferner in Edessa (Ἀθηνᾶ XII 71 n. 1: Revue des Etudes Grecques XII 172; Berl. Philol. Wochenschr. 1899, 634). *Αὐτεξούσιος* auf der pisidischen Inschrift bedeutet, daß die Frau kraft des *ius liberorum* ihre Rechtsgeschäfte selbständig, ohne Hinzuziehung eines Vormunds, abschließen darf. In einem andern Sinn steht das Wort auf einer, auch in anderer Hinsicht, bemerkenswerten Freilassungsurkunde von Mantinea (Le Bas-Foucart, Péloponnèse, n° 352[k], Recueil des Inscriptions juridiques grecques II p. 307 n° 41):

Ἐπὶ ἱερέως τοῦ Ποσειδῶνος
Κορνηλίου Ἐπιτυγχανί-
ωνος Εὐοδία Συμμάχου
Μαντινικὴ Ἐλπίδα τὴν

ἰδίαν θυγατέρα καὶ δού-
λην ἠλευθέρωσεν, ἐλευθέ-
ραν τε εἶναι αὐτεξούσι-
ον ἐπέτρεψεν μηδενὶ μηδὲν
προσήκουσαν κατὰ μηδέ-
να τρόπον.

Die Freilasserin konnte der Freigelassenen nicht die Rechte verschaffen, die ihr nur durch Gesetz oder Staatsakt verliehen werden konnten, also insbesondere nicht Befreiung von der Geschlechtstutel; selbst der Verzicht auf das Patronatsrecht würde dies nicht bewirkt haben, ganz abgesehen davon, daß die Freilasserin doch höchstens für sich auf das Patronatsrecht verzichten konnte, nicht aber für die Nächstberechtigten. Aber nach römischem Rechte wenigstens war in der Zeit, aus welcher die Inschrift vermutlich stammt (2. Jhdt. n. Chr.), ein Verzicht auf die Patronatsrechte überhaupt nicht zulässig (Cod. Iust. 6, 4, 3. Leist, Patronatsrecht I 619. II 306f.). Im griechischen Rechte dagegen wird er gestattet oder vielmehr er war vielleicht überflüssig, weil dort die Patronatsrechte nicht durch die Rechtsordnung festgesetzt waren, sondern bei der Freilassung ausbedungen wurden.[1]) Daher wird die Freilasserin unserer Inschrift mit dem Worte *αὐτεξούσιος* sagen wollen, daß sie keinerlei Ansprüche an ihre Tochter und bisherige Sklavin stelle. Im römischen Rechte bedeutet *αὐτεξούσιος* 'nicht fremder Gewalt unterworfen' 'sui iuris'[2]) (Gegensatz *ὑπεξούσιος,* Cod. Iust. 6, 4, 4, 10ᵃ und in den Basiliken passim); aber der *αὐτεξούσιος* bedarf eines Vormundes (Zachariae v. Lingenthal, Gesch. des griech.-röm. Rechts, 3. Aufl. S. 106). In dem Buche von Calderini: La manomissione e la condizione dei liberti in Grecia (1908) habe ich weder über den Begriff *αὐτεξούσιος* noch über Verzicht auf Patronatsrechte etwas gefunden.

---

[1]) Am besten handelt darüber Mitteis in Reichsrecht S. 384f. — [2]) Vgl. *ἐφ' ἑαυτῆς* BGU 1045, 11.

VII.

Vindikation und Vindikationslegat.

Studien zur Erforschung des Sachenrechts der Römer.

Von

Herrn Professor **M. Wlassak**

in Wien.

Uralt ist der Streit der Gelehrten über den Erwerb der durch ein Eigentumsvermächtnis hinterlassenen Sache. Schon unter den älteren Glossatoren waren die Meinungen darüber geteilt. Der gleiche Zwiespalt ist nachzuweisen in den Schriften der Humanisten: von den berühmten Franzosen stehen Cujaz und Donell auf der einen Seite, Antonius Faber auf der anderen. Und noch im vorigen Jahrhundert, knapp vor dem Erlöschen des gemeinen Rechtes, ist es Albert Koeppen gelungen, die einmütige Annahme des sogenannten gesetzlichen Erwerbs zu hintertreiben. Als einer der letzten hat dieser Jurist die üble, einst hochgeschätzte Kunst geübt, Justinians Pandekten zu harmonisieren, obwohl inzwischen mit dem echten Gaius der antik-klassische Ursprung des hartnäckigen Streites aufgedeckt war. Heute wissen wir längst, daß in Bologna vom Doktor Jacobus, von Joannes Bassianus und anderen nur eine Frage wieder aufgenommen ist, für die schon ein Jahrtausend vorher Masurius Sabinus eine Lösung empfohlen hatte, die durchaus im Widerspruche war mit einer vom älteren Nerva und von Proculus verteidigten Lehre.

Was in Rom die Meister der zwei gegnerischen Schulen verhandelten: ob das Eigentum für den Bedachten von selbst entstehe oder durch einen Akt der Aneignung, das darf man ohne weiteres geringfügig nennen, weil die bestrittene Regel Anwendung nur auf einem ziemlich kleinen Gebiete verlangt. Daher wäre es kaum lohnend, die Schulenkontroverse bloß um ihrer selbst willen von neuem zu untersuchen. Verlockend aber ist die gestellte Frage, weil, wie es scheint, die klassischen Berichte über den Streit der Schulen den Weg weisen zu manchen Erkenntnissen von erheblicher Be-

deutung. Dabei betrachte ich als das wichtigste die Ermittelung eines alten Vindikationsbegriffes, den ein jüngerer aus den Quellen fast verdrängt hat, den die heutige Wissenschaft nicht anerkennt, und der doch Beachtung verdient, weil er vermutlich dem Urbegriff der Vindikation nahesteht, und weil er hinweist auf die Wurzel der römischen Dinglichkeit. Daneben soll dann noch ein Vorstoß in anderer Richtung versucht werden. Meine Abhandlung will auch dazu beitragen, die Spuren einer verschollenen Entwicklungsstufe des testamentarischen Erbrechts der Römer wahrnehmbar zu machen.

Wie über die Ziele der Arbeit, so wird eine vorläufige Bemerkung über die gebrauchten Hilfsmittel hier am Platze sein. In deutschen Werken romanistischen Inhalts ist zumeist der heimischen Literatur stillschweigend eine Art Vorzugsrecht eingeräumt. Gewiß wird kein Verständiger unsere Schriftsteller deshalb tadeln. Anderseits ist doch eine Abweichung von der Regel geradezu geboten, wo es sich um ein Stoffgebiet handelt, auf dem die ausländische Literatur einen merklichen Vorsprung gewonnen hat. Wer die dreißig Jahresbände der Savigny-Zeitschrift durchblättert, wird nur zwei Aufsätze finden, beide von Carl Bernstein, die sich auf das römische Vermächtnis beziehen. Ungefähr gleich alt wie die genannte Zeitschrift ist das letzte deutsche Buch zur Erbrechtsgeschichte, E. Hölders „Beiträge“ (1881). Die Fortsetzer endlich des Glückschen Kommentars, Arndts und Salkowski, haben sich nicht die Aufgabe gestellt, rechtsgeschichtlichen Fragen genauer nachzugehen. Dagegen ist die jüngste Romanistik der Franzosen und besonders der Italiener sehr reich an tüchtigen und anregenden Arbeiten über Testamente und Legate. Statt aller nenne ich nur éinen Namen, einen Forscher, der nicht mehr unter den Lebenden ist. Contardo Ferrini verdanken wir die reichhaltigste Monographie über die römischen Vermächtnisse: die auf gute Exegese und Kritik der Quellen gegründete Teoria generale dei legati e de fedecommessi (1889). Dieses Hauptwerk hat der unermüdliche Verfasser mit einem Kranze wertvoller Abhandlungen umgeben, von denen immer die jüngere die ältere in der Sicherheit des Wissens wie in der Reife des Urteils übertrifft. Ist nun auch die Richtung meiner hier

vorgelegten Studien eine wesentlich andere als die der ebenerwähnten Schriften, so wird doch in den Abschnitten, die vom Legate handeln, mehrfach auszugehen sein von dem Stande des Wissens, der in den letzten Jahrzehnten vornehmlich durch die Arbeit der italienischen Gelehrten erreicht ist.

I.

Vindikations- und Damnationslegat: das Altersverhältnis. — Komitial- und Libraltestament.

Von den Hauptarten der Legate, welche die Schule des Sabinus und ihr folgend sowohl Ulpian wie die Byzantiner hervorheben, ergeben die zwei überall voranstehenden, das Legatum *per vindicationem* und das *per damnationem*, einen scharfen, noch in der klassischen Epoche kaum abgeschwächten Gegensatz: das eine wirkt dinglich, das zweite persönlich. Die dritte Art, das Legatum *sinendi modo* ist allem Anschein nach ein Übergangsgebilde von dem einen Grundtypus zum anderen. Endlich das Vermächtnis durch Präzeption hat vermutlich ein langes Vorleben außerhalb der Gemeinschaft der von den Klassikern technisch so genannten „Legate" zurückgelegt, ehe es diesem Begriff untergeordnet wurde. Von dieser Zeit ab gerät dann die Auffassung des '*praecipito*' ins Schwanken. Die Schule des Proculus begnügt sich nicht damit, den Präzipienten schlechtweg zum Legatar umzuschaffen; die Anpassung fortsetzend ermittelt sie als nächstverwandte Form die des Vermächtnisses durch Vindicatio, um in diesem die Praeceptio fast völlig aufgehen zu lassen. Dagegen wollen die Sabinianer dem neuen „Legat" die alte Eigenart möglichst bewahren; deshalb lassen sie es bloß zugunsten von Teilerben gelten und bestimmen im übrigen die Wirkung ähnlich wie beim Legatum *sinendi modo*.

Jeder Versuch, den Entwicklungsgang der altrömischen Vermächtnisse, wenn auch nur hypothetisch aufzuklären, hat zur Vorbedingung eine halbwegs gesicherte Antwort auf die Frage nach dem Altersverhältnis zwischen dem Legatum *per vindicationem* und *per damnationem*. Auch um der hier verfolgten Zwecke willen ist eine Erörterung dieses Punktes unerläßlich.

Die römischen Quellen geben keine ausdrückliche Entscheidung. Daher die Uneinigkeit der neueren Gelehrten, in deren Schriften alle denkbaren Lösungen zu finden sind. Wie die gleichzeitige Entstehung[1]), so ist auch das höhere Alter bald des Damnations- bald des Vindikationslegats behauptet worden. Die erste Antwort scheint kaum einer Widerlegung bedürftig, die zweite verteidigt Hölder[2]), die dritte[3]) ist seit lange und mit Recht bevorzugt; zuletzt ist sie am eingehendsten von Ferrini und Fadda begründet.

Nur Verwirrung gestiftet hat der sehr verbreitete Lehrsatz, daß jede *damnatio*[4]) zusammenhänge mit der uralten, schon durch eine Lex Vallia auf zwei Fälle beschränkten

---

[1]) So wohl Hugo, Gesch. des röm. Rechts[11] 256 und deutlicher Pernice, Labeo 1, 475, 7. Auch Mommsen, Röm. Staatsrecht 2, 37 (2. Aufl.) scheint keinen Altersunterschied anzunehmen; er setzt beide Legatsarten in die Zeit vor den Zwölftafeln. G. Kretschmar endlich (Natur des Prälegats 111) findet in der Vorschrift der Zehnmänner *uti legassit* die Anerkennung des Legats als einer „abstrakt formellen Verfügung", wie es noch von Ulp. 24, 1 definiert sei. — [2]) Beiträge z. Geschichte d. röm. Erbrechts 30f. 72ff. 78. — [3]) Marezoll, Ztschr. f. Zivilrecht u. Prozeß 9 (1835), 65. Huschke, Nexum 214. Degenkolb, De legato per praeceptionem (1855) 7. Voigt, Zwölftafeln 1, 232, 33; Röm. Rechtsgeschichte 1, 520. Dernburg, Pandekten[7] 3 § 64, 3. Fadda, Dell' origine dei legati (1888) 23—27; Diritto ereditario Rom. 1 (1900), 45. 52. Ferrini, Legati 10ff. 20ff. Schulin, Gesch. des röm. Rechts 460. Bonfante, Bullettino dell' ist. di dir. Rom. 4, 143. Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 916. Costa, Storia del diritto Rom. 2, 464. 467. Offen läßt die Altersfrage Girard Manuel[4] 911, 3; vgl. auch Appleton, Le testament romain (1903) 90f. Eine eigentümliche Stellung nimmt Cuq, Institutions[1] 1, 294f. 300ff. 550f. ein. Der Name „Legat" sei ursprünglich dem Vindikationsvermächtnis vorbehalten gewesen; doch reiche auch die Damnation des Erben hinauf ins Altertum, da sie schon dem Komitialtestament angehört. Vgl. dazu unten S. 215—218. — [4]) Übrigens ist die Behauptung gar nicht haltbar, daß das älteste verpflichtende Legat gerade *per damnationem* errichtet wurde. Vor allem widersprechen dieser Annahme die Nachrichten über die *partitio* (s. unten S. 200 A. 3); und bestätigt wird der Zweifel durch den (aus den J. 668—672 d. St. stammenden) A. ad Herennium 1, 12, 20 (*... heres meus ... dato)* und durch den Text der Lex Falcidia (*... eam pecuniam dare iussus damnatus erit* — willkürlich will Mommsen *iussus* streichen). In den Darstellungen der Klassiker steht freilich die Formel *heres damnas esto* immer im Vordergrund. Dafür aber böte sich schon eine Erklärung, wenn das Wort *damnare* nur vom Beginn der Kaiserzeit ab überwiegend im Gebrauche war und daher auch Namen gebend gewirkt hatte.

Manusiniectio. Dermalen aber ist diese Annahme, der zunächst M. Voigt und Ferrini entgegentraten, in überzeugender Weise von Mitteis[1]) widerlegt.

Doch kann vielleicht mit besserem Recht der befreiende Libralakt zur Datierung des Legates *per damnationem* benutzt werden. Da er, wie Gaius (3, 175) lehrt, unbestritten im Gebrauche war zur Tilgung von Vermächtnisschulden auf ein *certum, quod pondere numero constat,* so muß die Damnation des Erben allerdings in einer Zeit entstanden sein, die sich jenes Formalaktes noch bediente. Nun erstreckt sich aber diese Epoche mindestens bis ins zweite Jahrhundert des Prinzipats; denn Gaius schildert die ihm gegenwärtige Ordnung. Anderseits führt unsere Feststellung nicht sehr weit zurück ins Altertum; denn bezeugt ist a. a. O. keineswegs die Verwendung der Urform, sondern nur des imaginären und von der realen Erfüllung nicht begleiteten Libralgeschäftes.[2]) Auch der Schluß wäre zu gewagt, daß das Legat durch Damnatio älter sein müsse als die verbale Acceptilatio, weil man es sonst vermieden hätte, die umständliche *solutio per aes et libram* heranzuziehen. Allein die letztere gewährte doch den Vorteil unmittelbarer Anwendbarkeit, während der verbale Erlaß nur auf dem Umweg einer Novation zu erreichen war.

Durch eine Mitteilung Ciceros (de leg. 2, 50f. 53) ist das Dasein des verpflichtenden[3]) Vermächtnisses in der Ge-

---

[1]) Ztschr. f. R. G. R. A. (1901) 35, 114—118 und (mit einer geringen Änderung) Röm. Privatrecht (1908) 1, 273f. 275, 39. S. auch Wlassak, Ztschr. f. R. G. R. A. 38, 176 f. — [2]) Gegen Schloßmann, Altröm. Schuldrecht 122—124 vgl. Mitteis, Privatrecht 1, 263, 21, und über die Lebenskraft des Libralaktes und dessen Verhältnis zur Akzeptilation Mitteis a. a. O. 1, 261 f. 272—276. Nicht widerlegt ist Mitteis von Pflüger, Nexum und Mancipium (1908) 42f. 49ff., der sich des unbequemen Zeugnisses von Liv. 6, 14, 5 zu erwehren sucht durch Anpreisung einer Huschkeschen Deutung, die weit hergeholt und auf einer ganz unsicheren Vermutung aufgebaut ist. S. auch Kübler, Ztschr. f. R. G. R. A. 38, 275, 1. — [3]) Bezeugt ist l. c. das Partitionsvermächtnis und die Anwendbarkeit der *solutio per aes et libram,* nicht aber der Gebrauch der Damnationsformel. Auch das von Ulp. 24, 25 angeführte Beispiel weist nicht *damnas esto* auf, sondern *partito(r), dividito;* während Cic. pro Cluent. 21 und ebenso Ulp. D. 50, 16, 164, 1 auf ein *partiri iubeo* schließen lassen. Dessenungeachtet und trotz Theoph. 2, 23, 5, der ein

stalt der *partitio* für die Zeit der beiden Scaevolae, der Pontifices Publius und Quintus Mucius sichergestellt, mithin für die erste Hälfte des 7. Jahrhunderts.[1]) Die Verbindung mit dem Libralakt zwingt uns dem Gesagten nach nicht dazu, die Ursprungszeit der Erbendamnatio weit getrennt zu denken von dem Jahrhundert der Scaevolae. Eine andere Frage ist es, ob wir eine genauere Bestimmung versuchen und mit Ferrini[2]) aus dem Bericht des Gaius (2, 225—227) über die bekannten drei Legatsgesetze schließen sollen, daß die beiden älteren sich nur auf Vermächtnisse *per vindicationem* bezogen, und demnach die andere Legatsart erst nach der Lex Voconia vom J. 585 d. St. aufgekommen sei. Während die Lex Falcidia (von 714) eine den Erblasser beschränkende Bestimmung aufweist, die Gaius in die Worte faßt: *ne plus ei legare liceat quam dodrantem,* wendet sich die Furia wie die Voconia an die Bedachten und verbietet ihnen das *capere*, sobald ein bestimmtes Maß überschritten ist. Nach Ferrini soll dieses *capere* unverkennbar das Vindikationslegat anzeigen; dagegen erstrecke sich die Anordnung der Falcidia nach dem Wortlaut des Gesetzes, den — verstümmelt — die Dig. 35, 2, 1 pr. überliefern, ebenso auf das Damnations- wie das Vindikationslegat. Das verpflichtende Vermächtnis sei im J. 714 gesetzlich zum erstenmal anerkannt worden.

Meines Erachtens geht Ferrini von einer durchaus richtigen Beobachtung aus; doch ist seine Schlußfolgerung nicht zwingend, da, wie er selbst einräumt, *capere* im weiteren Sinn jeden Erwerb befaßt, so auch den Legatserwerb, den

---

πέμπτον γένος ληγάτου annimmt, leidet die Unterordnung der *partitio* unter den Begriff des von den Klassikern sogenannten Damnationslegats nicht den geringsten Zweifel; vgl. auch Lab. D. 32, 29, 1. — Nach dem Vorgang von Bachofen, Die Lex Voconia (1843) § 13 bringt man (z. B. Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 941 f.) die Partition gewöhnlich in engen Zusammenhang mit dem eben genannten Gesetze vom J. 585. Ohne diesen Anhalt zu benutzen, gelangen wir weiter unten zu demselben Zeitansatz.

[1]) Voigt, Röm. Rechtsgeschichte 1, 523, 30 (dazu 1, 795, 19) und Cuq, Institutions[2] 1, 271, 6 glauben ein Damnationslegat bei Polyb. 32, 13 für das J. 570 oder 571 ermittelt zu haben. M. E. entspricht diese Ansicht nicht dem a. a. O. 32, 12 u. 13 erzählten Tatbestand. Die Worte: *ἡ μήτηρ . . τὸ ἥμισυ κατέλειπεν ἀποθνήσκουσα προσοφειλόμενον* zeigen kein Legatum *debiti* an. — [2]) Bullettino dell' ist. di dir. rom. 1, 123—125; Legati 20—22.

eine Handlung des damnierten Erben vermittelt. Nur durch eingehende Untersuchung des Inhalts der Lex Furia, die erst in anderem Zusammenhang gegeben werden kann, wird sich feststellen lassen, daß wenigstens das älteste von den drei Gesetzen notwendig einen zur Eigenmacht[1]) befugten Legatar im Auge hat und daher den bloß Forderungsberechtigten überhaupt nicht kannte.

Das Kapitel der Voconia über die Vermächtnisse für Männer und Frauen ist um deswillen ein wenig brauchbares Hilfsmittel zur Lösung der Altersfrage, weil wir nicht unterrichtet sind über die Rechtsfolge, die eintrat bei Verletzung der Maßvorschrift.[2]) Sehen wir aber ab von dem zweiten Legatsgesetz und nehmen wir einstweilen als erwiesen an, was bezüglich des ersten behauptet wurde, so muß die Erbendamnation entstanden sein in dem Zeitraum, der zwischen der Furia testamentaria und dem Beginn des 7. Jahrhunderts liegt. Nun hält es freilich schwer, das Furische Gesetz etwas bestimmter zu datieren[3]); doch ist ein engnachbarliches Verhältnis zwischen ihm und der Lex Cincia von 550 kaum zu bezweifeln, und nach Paulus Fr. Vat. 301 das Legatsgesetz sehr wahrscheinlich jünger[4]) als die Cincia. Demnach

---

[1]) Damit ist vorläufig meine Auffassung des röm. Sachenrechts angedeutet. Die Eigenmacht und die Einlassungsfreiheit bei der Actio in rem hängen aufs engste zusammen. Nur von hier aus wird auch die A. ad exhibendum (die A. in personam ist) verständlich. Meine Ansicht über c. 22 der L. Rubria, das man fälschlich auch auf dingliche Klagen bezieht, ist zu ersehen aus dieser Ztschr. R. A. 38 (1904), 102. 125. 153f. Der Gedanke, daß *vindicare* ursprünglich das Nehmen der Sache bedeutet, und daß hiervon im Vindikationslegat (und vielleicht auch in anderen Erscheinungen) des klassischen Rechtes noch Spuren vorliegen, ist, wie Mitteis mir während der Korrektur mitteilt, auch von ihm in den Vorarbeiten zur Fortsetzung des „Römischen Privatrechts" entwickelt worden. — [2]) Eine Übersicht der aufgestellten Vermutungen bei Senn, Leges perfectae (Paris 1902) 113. Vieldeutig ist die von Plinius paneg. 42 erwähnte Bereicherung des Aerars durch die L. Voconia. Denkt er an kaduk gewordene Vermächtnisse (Karlowa, Jörs) oder an solche Erbschaften (Mommsen, Voigt, Senn) oder an eine Vorjulische Erbschaftssteuer (Bachofen; dagegen jetzt (1905) Hirschfeld, Die Verwaltungsbeamten 96, 2f.)? — [3]) Vgl. Cuq, Institutions[1] 1, 552, 3. Mitteis, Privatrecht 1, 52, 30. — [4]) Die Begründung geben (nach Schrader) Voigt, Ius nat. 3, 1173 A. 1820 und Bruns, Kleinere Schriften 2, 310. Zustimmend Girard, Organisation judiciaire 1, 189, 2, R. Hesky, Wiener Studien 24, 547, Appleton a. a. O. 135, 2.

ergäbe sich als der Zeitraum, den wir suchen, die Spanne zwischen dem Jahre 550 und ungefähr 600 d. St.

Nicht so unergiebig wie für die äußere Geschichte des verpflichtenden Legates ist die Überlieferung betreffs der Vindikations- oder — deutsch — der Verfügungsvermächtnisse.[1]) Geradezu bezeugt ist hier das hohe Alter und vielfach angedeutet das höhere im Vergleich zur Erbendamnation.

Wenn Ulpian in dem Abschnitt seines Regelbuches[2]), der von der Begründung des Eigentums handelt, unter den Fällen des sog. Legalerwerbs das Vermächtnis anführt und dabei ein Gesetz der Zwölftafeln als Rechtsgrundlage bezeichnet, so weist er das Vindikationslegat der allerältesten Epoche zu, aus der wir noch brauchbare Zeugnisse über römisches Recht haben. Nur gerade aus den Resten der Dezemviralordnung könnten allenfalls Schlüsse statthaft sein auf die vorhergehende Zeit. Wer aber ohne solchen Anhalt eine für das 6. oder 7. Jahrh. beglaubigte Einrichtung, wie das Damnationslegat, in das Dunkel der Vortafelzeit hineinträgt, der muß wohl einräumen, daß er ein der Kritik schlechthin unzugängliches Gebiet betreten hat.

Dagegen sind wir zufällig in der Lage, die Aussage Ulpians noch heute nachzuprüfen, weil der Gesetzestext, der dem Juristen vorschwebt, mehrfach überliefert ist.

Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto:

so hat Ulpian selbst die Zwölftafeln gelesen, und in gleicher Fassung erscheint die Dezemviralnorm seit Dirksen in allen heutigen Ausgaben.[3]) Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist

---

[1]) Diesen Namen schlage ich vor (ohne Mitteis a. a. O. 1, 145, 27 zu widersprechen) unter Hinweisung auf BGB § 135. 137 und besonders auf § 1395—1399. Dazu etwa Dernburg, Bürg. Recht 1[4] § 112. Das römische „Verfügungsvermächtnis“ (im Gegensatz zum „verpflichtenden“, das dem BGB § 2174 allein bekannt ist) wird man schwerlich mißverstehen, trotz der uns geläufigen „letztwilligen Verfügungen“. — [2]) XIX, 17: ... *adquiritur* ... *legatum ex lege duodecim tabularum*. ... — [3]) So auch Mitteis, Privatr. 1, 81, 23 unter Zurückweisung von Pernice, Labeo 1, 324, 3. Die Einfügung von *familia* vor *pecunia* hat Huschke, Rhein. Museum für Jurispr. 7, 59 ff. verlangt, und Böcking hat dann — nicht mit, sondern gegen Huschke — *familia* bei Ulp. 11, 14 in den Text gesetzt. Dagegen will Appleton, Testament 59 f., 1 und 91. 96, 1 auch

lediglich das „Legat“ gewährleistet, nicht[1]) die Erbeinsetzung und nicht die Freilassung; verfügbar aber ist für den Erblasser als *sua res* auch das der Tutelsgewalt bedürftige Hauskind[2]), im übrigen die „eigene Habe“ soweit sie zur *pecunia* gehört.[3])

Was bei dieser Deutung für uns besonders wichtig ist: die Verbindung von *suae rei* mit *legassit,* das läßt sich als zutreffend erweisen durch die Art, wie die Juristen zuweilen den Satz der Zwölftafeln vorführen. So will Gaius in 2, 224 aufmerksam machen auf die ursprüngliche, bis zur Lex Furia dem Erblasser zustehende Freiheit, schrankenlos Legate auszusetzen. Zur Erläuterung fügt er hinzu:

> *idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis 'uti legassit suae rei, ita ius esto'.*

In solcher Verkürzung konnte man[4]) das Gesetz offenbar nur anführen, wenn die von den Zehnmännern nach

super pecunia tutelave aus dem Gesetz wegschaffen, gestützt auf Pomp. D. 50, 16, 120: *tutelas quoque constituendi.* Doch sind diese nachhinkenden Worte vielleicht der Rest eines Satzes, der auf die ausdrückliche Bestimmung über die Tutela hinwies.

[1]) Vgl. Ztschr. für R. G. R. A. 41, 70, 1 f., ferner Hölder, Beiträge (1881) 65—71 und jetzt besonders Mitteis a. a. O. 1, 82, 24. — [2]) Zur Bezeichnung des Mündels wie der Gewalt über ihn steht m. E. *tutela* in den Zwölftafeln ebenso wie in dem alten (Justinians Juristen unverständlichen) *agere pro tutela* (I. 4, 10 pr.), und wie es bei Sabinus (Gell. 5, 13, 5) vorkommt. Die Abtrennung der Vormundsbestellung vom Dolegolegat mag frühzeitig erfolgt sein. Sollte etwa Scaev. D. 40, 5, 41, 2 (Schirmer u. Mitteis a. a. O. 1, 108, 30) noch auf den alten Zusammenhang hinweisen? Ein den XII Tafeln entsprechendes *tutorem do lego* ist m. W. nicht überliefert. Voigt, Ius nat. 3, 29 und Cuq, Institutions 1, 302, 1 (2. Aufl.: 1, 130, 3) behaupten allerdings das Gegenteil. Sie berufen sich auf Varro bei Nonius 478 M.; indes mit Unrecht: vgl. Nonius ed. L. Müller (1888) 2 p. 94 Z. 15 und die Anm. Auch Huschkes Konjektur *do lego* zu Gai. 1, 149 ist längst beseitigt. [Nachzutragen ist jetzt (1909) noch Hölder, Ztschr. f. R. G. R. A. 43, 71 f.]. — [3]) Dahingestellt lasse ich es, welchen Inhalt die durch das Wort *pecunia* angezeigte Beschränkung hatte. Neuestens über *familia* und *pecunia* Mitteis a. a. O. 1, 79—83. Vorsichtig erklärt es M. nur für „möglich“, daß sich das *uti legassit* nicht auf das ganze Vermögen bezog. Viel bestimmter äußert sich W. Erdmann, Ztschr. für vergl. R. W. 22 (1908) 12 ff. — [4]) Mit derselben Weglassung wie bei Gaius begegnet

legassit eingeschobenen Worte als erklärender Zusatz zu *suae rei* aufgefaßt wurden.[1]) Was es aber bedeuten soll, wenn dem Erblasser gestattet wird: *legare suae rei*, d. h. seiner Sache eine bindende Anordnung aufzulegen, das dürfte ohne weiteres klar sein. Die Worte des Gesetzes gehen unverkennbar auf das später sog. Vindikationslegat, dessen Wesen sie mit musterhafter Schärfe und Kürze bestimmen.[2]) Anderseits ist es hiernach ganz ausgeschlossen, die Zwölftafelnorm auch als Anerkennung der Erbendamnation zu verstehen.[3]) Wenn der Text das éine Legat treffend beschreibt, und zwar durch Hervorhebung dessen, was ihm eigentümlich ist im Gegensatz zum anderen, so kann er unmöglich auch dieses andere befassen. Bindet doch der Erblasser durch das Vindikationsvermächtnis seine Sache zugunsten des Bedachten, hingegen durch die Damnatio den Erben, ohne dessen Mittun das Legat nicht zu verwirklichen ist. Hier also zwei Personen, die aktiv am Vermächtnis beteiligt sind; dort nur eine: der Berechtigte, dem gegenüber die alte Ordnung keinen zum Handeln Verpflichteten kennt.

Wie der Inhalt des Zwölftafelgesetzes untrüglich hinweist auf das Vindikationslegat, so tritt dieser Zusammenhang auch offen zutage, wenn der Wortlaut der Norm verglichen wird mit dem ältesten Formular, das für die Anordnung eben dieses Legats vorgeschrieben war. Dem *uti legassit* des Gesetzes entspricht augenscheinlich das, wie Gaius 2, 193 andeutet, ursprünglich schlechthin geforderte

---

der Satz der XII Tafeln schon bei Q. Mucius-Pomp. D. 50, 16, 120 und später bei den Byzantinern (I. 2, 22 pr. Theoph. zu d. St. Nov. 22, 2 pr.), die wohl aus Gaius (vgl. Zocco-Rosa, Iust. Inst. Paling. 1 [1908] 452 bis 456) schöpfen.

[1]) Vgl. Schilling, Bemerkungen über röm. R. G. 97f. A. 228. Huschke a. a. O. 7, 60, 4 und S. 67. Wölfflin, Ztschr. f. R. G. R. A. 22, 10. Ferrini, Legati 7. Appleton a. a. O. 60, 1. — [2]) Wesentlich anders urteilt freilich G. Kretschmar, Prälegat 111 (s. oben S. 199 A. 1). — [3]) Das gesteht auch Hölder a. a. O. 73 (ebenso S. 30) zu, wenn er vom Damnationslegat sagt: es könne zur Zeit der Zwölftafeln „schon so eingewurzelt gewesen sein, daß es ihrer Garantie nicht bedurfte." Vorher (ähnlich S. 30) bemerkt er freilich, das Vindikationslegat falle nur „unmittelbarer" unter die Gesetzesworte als die Damnatio. Dagegen A. 14 S. 65 lautet wieder: „Kein legare suae rei ist das leg. p. damnationem".

Stichum do lego, und dieses letztere Wort kommt durchaus nur beim Verfügungsvermächtnis vor.[1])

Nicht irremachen darf uns dabei die mehrfach bezeugte Nuncupation des schriftlichen[2]) Testamentes *per aes et libram*. Wenn darin dem Erblasser ein *ita do ita lego ita testor*[3]) in den Mund gelegt ist, so stammen diese Worte wohl aus einer Zeit, der bloß das Vindikationslegat bekannt war. So wenig der Urheber des Formulars an die Erbeinsetzung gedacht haben kann, so willkürlich wäre es, das *ita do ita lego* in seinem Sinne auf ein anderes als das Verfügungsvermächtnis zu beziehen. Erst jene Juristen, — sicher lange vor Quintus Mucius — die in dem *uti legassit* der Zwölftafeln die Testierfreiheit des Römers im weitesten Wortsinn bestätigt fanden und darnach im Frieden die Berufung eines Heres ohne Komitien zuließen, werden auch die hergebrachte Nuncupationsformel, dem neuen Inhalt des Privattestaments entsprechend, umgedeutet, insbesondere das *legare* hier ebenso verstanden haben wie im Gesetzestext. Mit diesem entscheidenden Schritt aber war zugleich das Hindernis beseitigt für die Erstreckung der Worte: *ita do ita lego* auf Vermächtnisse, die nicht Vindikationslegate sind.

---

[1]) Nicht beachtet ist dieser Umstand von W. Erdmann a. a. O. 22. 29f. — [2]) Weder Gai. 2, 104 noch Ulp. 20, 9 erwähnen das rein mündliche Manzipationstestament, obwohl es zweifellos bestanden hat (s. z. B. Labeo-Jav. D. 28, 1, 25, Sabin bei Ulp. D. 28, 1, 21 pr.). Diese Verschweigung ist begreiflich, wenn die unbequemere Form nur sehr ausnahmsweise in Gebrauch genommen wurde (vgl. auch Servius Galba bei Cic. de orat. 1, 228: ... *sine libra atque tabulis*). Eine Vermutung darüber, wie die Schlußworte der Nuncupation hier lauten mochten, s. bei Karlowa, Röm. Rechtsgesch. 2, 855. Nicht zustimmen kann ich, wenn allgemein das höhere Alter des mündlichen Testaments gegenüber dem halbschriftlichen als ausgemachte Sache betrachtet wird. — [3]) Über *ita testor* im Gefolge von *do lego* vgl. Schulin, Das griech. Testament 58, Fadda, Diritto ered. 1, 50, Sohm, Institutionen[13] 689, 11, auch Ehrlich, Ztsch. für vergl. R. W. 17, 99. Die Nuncupation des Erbentestaments vor den Komitien konnte keinesfalls lauten: *ita do ita lego ita testor*. Eher denkbar wäre die Herkunft der Worte: *itaque vos ... perhibetote* aus dem Komitialakt. Doch ist es eine durchaus nicht unbefangene Beobachtung, wenn man, um die Entlehnung wahrscheinlich zu machen, die an die fünf oder mehr Mitbürger gerichtete Anrede '*Quirites*' (der geringen Zahl wegen!) höchst unpassend findet.

Führt dem Gesagten nach die Überlieferung betreffs der Verfügungslegate viel höher hinauf als bei der Erbendamnatio, so fehlt es auch nicht an Äußerungen[1]), die geradezu hinweisen auf das Altersverhältnis zwischen den eben genannten Arten.

Wo die Quellen[2]) eine Aufzählung der vier Typen geben, nimmt das Verfügungsvermächtnis überall die erste Stelle ein, obwohl es zur Zeit der Klassiker, zumal seit dem Neronianum, nicht mehr überragende Wichtigkeit sein konnte, was ihm den Vorrang verlieh.

Von den Formeln zur Errichtung der Vermächtnisse enthält eine einzige das Wort *legare*[3]), und diese ist für das Vindikationslegat bestimmt, das sich eben dadurch als Urtypus erweist. Ohne Zweifel ist erst von ihm der Name *legatum* auf die jüngeren Gebilde, die ähnlichen Zwecken dienten, übertragen, und so der zivile Vermächtnisbegriff der Klassiker entstanden.

Eine sehr deutliche Spur dieser Entwicklung haben wir noch in der von Florentin (34 D. 30, 116 pr.) überlieferten Definition des „Legats" — der einzigen, die mit Fug als solche gelten kann —

Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.

Das paßt offenbar vortrefflich auf das Vindikations-, und ganz und gar nicht auf das Damnationsvermächtnis.

Versuche der Römer, die Erbendamnation und weiter den Legatsbegriff, der alle Arten umfaßt, näher zu bestimmen, sind überhaupt nicht bekannt. Modestin (102 D. 31, 36; ebenso I. 2, 20, 1) gibt nur eine Vergleichung, und Ulpian im Regelbuch 24, 1 hebt ein einziges Begriffsmerkmal hervor, bloß zu dem Ende, um zu zeigen, worin hauptsächlich die Legate von den Fideikommissen sich unterscheiden:

---

[1]) Zusammengestellt und gewürdigt sind sie z. B. von Karlowa, Rechtsgesch. 2, 916 und besonders von Fadda, Origine dei legati 23—27, der die Gegenausführungen von Hölder a. a. O. 72—76 treffend zurückweist. — [2]) Vor allem die Lex Falcidia D. 35, 2, 1 pr., ferner Gai. 2, 192 f., Ulp. 24, 2 f., Justinian I. 2, 20, 2. — [3]) Vgl. Gai. 2, 193 mit 2, 201. 209. 216, Ulp. 24, 3 mit 24, 4—6.



Legatum est quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur. nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.

Das Legat, etymologisch mit *lex* d. h. „Bindung“ zusammengehörig[1]), tritt nach Ulpian als Anordnung des Erblassers auf, das Fideikommiß dagegen als Bitte; daher das letztere ursprünglich auch der rechtlich bindenden Kraft entbehrte.

Verkehrt ist es, aus dem Wort *imperative* das Erfordernis befehlender Ausdrucksform für die Errichtung der Legate abzuleiten[2]), und ebenso irrig ist es, Ulpians Ausspruch mit Hölder[3]) gerade nur auf das Damnationsvermächtnis zu beziehen. Das richtige Verständnis des oben mitgeteilten Satzes ergibt sich sofort, wenn man das unmittelbar Folgende liest. Augenscheinlich wollte Ulpian seine, alle vier Arten behandelnde Darstellung mit einer Bemerkung einleiten, die etwas hervorhebt, was für sämtliche Legate Geltung hat. Schon der nächstanschließende Satz bringt eine Aufzählung der *quattuor modi* und stellt dabei nicht etwa die Damnation an die Spitze, sondern, übereinstimmend mit Gaius, das Vindikationslegat; und bei diesem wiederum nennt der Jurist zuerst das bekannte *do lego*, eine Formel also, die nicht imperativisch gefaßt ist.[4])

[1]) „Daß *lex* mit *legare* = beauftragen .... zusammengehört, kann verständigerweise nicht bezweifelt werden.“ So Mommsen, Staatsrecht 3, 308, 4; ebenso Corssen, Wölfflin, Vanicek, Bréal-Bailly u. A. Reine Willkür ist es, unter *lex* von Haus aus gerade die *lex publica* zu verstehen. Unseren Juristen ist freilich diese Anschauung nur allzu geläufig Über die Urbedeutung von *lex* vgl. Wlassak, Prozeßgesetze 2, 94f. (nach Rubino-Mommsen), dazu Ztschr. f. R. G. R. A. 41, 123, 1; ferner Pernice, Labeo 1, 472ff. und jetzt Mitteis, Privatrecht 1, 149ff. — [2]) Unrichtig schon Jhering, Geist[3] II. 2, 606 (§ 47[b] z. A. 824), G. Kretschmar, Prälegat 197, 97. — [3]) A. a. O. 72f. — [4]) Auch die anderen Formeln *sumito, sibi habeto* usw. sind nicht imperativisch in dem Sinn, daß sie dem Angesprochenen etwas auflegen; denn sie sind an den Bedachten gerichtet. Hölder a. a. O. 72f., 2 hebt das selbst richtig hervor. Falsch aber ist es zu meinen, der *legis modus* oder das *imperative* Ulpians sei dem Vindikationslegat überhaupt fremd. Im Gegensatz zum ältesten Fideikommiß erzeugt auch das Verfügungsvermächtnis eine rechtliche Bindung, allerdings keine obligatorische (es verpflichtet nicht), sondern eine dingliche; das will sagen: es schließt die Nicht-

Trotz alledem glaubt Hölder[1]) den Worten *do lego* „das Charakteristische einer *legis modo* auftretenden Anordnung" absprechen zu müssen, da sie sich „ausdrücklich als Akt eines individuellen Willens kundgeben", während das *damnas esto* der anderen Legatsart seinen „Ursprung aus einem Akte des öffentlichen Willens an der Stirn trage".

Den ersten Teil dieser Aufstellung hat sich Carlo Fadda[2]) angeeignet, um daraus eine wichtige Stütze für seine Urgeschichte der Legate zu machen. Nach Faddas Ansicht hätten wir das alte Komitialtestament als wahres Volksgesetz anzusehen; mit dem Wesen einer Lex publica aber sei das energisch individualistische *do lego* völlig unverträglich. Daher müsse das Vindikationslegat[3]) vom Komitialtestament getrennt werden; erst im Manzipationstestament könne es aufgekommen sein.

Wer sich dieser Darlegung anschließt und anderseits der gewiß richtigen und jetzt auch vorherrschenden Lehre[4]) folgt, die das Libraltestament mit Nuncupatio nicht als Schöpfung der Zehnmänner betrachtet, sondern aus späterem Juristenrecht ableitet, der steht vor einem unlösbaren Widerspruch.[5])

Da das Vindikationslegat — wie oben gezeigt ist — den Zwölftafeln sicher bekannt ist, so haben wir nur die Wahl, dieses Vermächtnis entweder, trotz des erhobenen

---

berechtigten (insbesondere die Erben) von dem legierten Gegenstande aus. Florentins oben abgedruckte Definition macht gerade auf diesen Punkt aufmerksam und trifft damit — wie ich glaube — den Kern der Sache.

[1]) A. a. O. 73 u. 73, 2. — [2]) Origine dei legati 28, dazu p. 9; Diritto eredit. 1, 43—45. Gegen Fadda vgl. Ferrini im Bullettino dell' istit. di dir. rom. 1, 111 ff. — [3]) Fadda Origine 13—28; Diritto ered. 43—45. 49. 52 schließt (anders als Hölder a. a. O. 30) vom Komitialtestament auch die Erbendamnation aus, die er für jünger hält als das Vindikationslegat. — [4]) Vertreten z. B. von M. Voigt, Hölder (a. a. O. 63), Cuq, Girard, Appleton, neuestens von Mitteis, Privatrecht 1, 82, 24. S. 275, Sohm, Institut.[13] 687, Pflüger, Nexum 40. Es würde zu weit führen, wenn ich meinen Beitritt hier rechtfertigen wollte; vgl. übrigens Ztschr. f. R. G. R. A. 41, 70, 1. — [5]) den freilich Fadda selbst (Origine 37 ff. 53. 58 f.; Diritto ered. 1, 48 ff.) vermeidet durch die Annahme, schon das Zwölftafelgesetz *uti legassit* habe die alte *familiae mancipatio* zum rechtsgültigen Legatentestament umgewandelt. Dieselbe Auffassung bei Jörs in Birkmeyers Enzyklop.[1] 170.

Widerspruchs, dem ältesten Testament zuzuweisen, oder es für die Zeit des Dezemvirats als selbständiges Gebilde mit voller Unabhängigkeit vom Erbentestament anzuerkennen.[1]) Indessen scheint auch der letztere Ausweg verschlossen zu sein. Denn der überkünstliche, an die *mancipatio familiae* anknüpfende Aufbau des Legatentestaments durch spätere Interpreten der Zwölftafeln wäre unverständlich, wenn sich eine eigene, diesem Bedürfnis genügende Form schon im älteren Recht entwickelt hätte. So schiebt sich unabweislich die Frage in den Vordergrund, ob wir denn genötigt sind, die von Hölder und Fadda vorgebrachte Erwägung ernst zu nehmen?

Der Gesetzescharakter des Komitialtestaments ist bekanntlich aus den Quellen unmittelbar nicht zu belegen, so daß Zweifel darüber entstehen konnten, ob die Volksversammlung bloß Zeugnis zu leisten hatte oder auch zur Abstimmung berufen war.[2]) Was richtiger Auslegung nach Ulpians *legis modus* bedeutet, den wir übrigens gerade als Eigenschaft der Legate, u. z. aller Legate, kennen lernen, das ist oben schon gesagt. Da der Jurist in 24, 1 das Recht seiner Zeit zugrunde legt, dürfte er bei jenem Ausspruch weit eher an die *lex privata* gedacht haben als an das Volksgesetz. So wenig aber die Ulpianstelle austragen kann, so gute Gründe sind längst von Mommsen[3]) und neuestens von

---

[1]) Dieser Ansicht ist Cuq, Institutions[1] 1, 301—305. 544 (2. Aufl.: 1, 129—131); s. auch oben S. 199 A. 3. Verworfen ist sie von Appleton, Le testament 58, 1, Girard, Manuel[4] 800 f., 2. 910, 2 — [2]) Auch Hölder a. a. O. 24 ff. 30 f. 36 ff. [und neuestens in der Ztschr. f. R. G. R. A. 43, 68 f.] leugnet die Beschlußfassung der Testamentskomitien, betrachtet aber das alte Testament trotzdem als „einen Akt des öffentlichen Willens". Vgl. ferner Schulin, Griech. Testament 53, Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 847 ff. — [3]) Staatsrecht 3, 318—321; im wesentlichen ebenso schon in früheren Schriften. Bloß seine Auffassung der Kalatkomitien hat Mommsen zwischen der 2. (St. R. 2, 36—38) und 3. Aufl. des „Staatsrechts" geändert. Schwierigkeiten macht allerdings eine Bemerkung bei Gell. 15, 27, 3, die aber durch Bearbeitung des Kompilators zerrüttet sein könnte, und die allgemein — jedoch mit unberechtigter Sicherheit — auf Labeo zurückgeführt wird: *Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus:* (spricht hier nicht Gellius selbst?) *unum, quod calatis comitiis in populi contione fieret,* ... Nimmt man den Text hin, wie er überliefert ist, so ist er vielleicht auf eine jüngere

den Rechtsvergleichern ins Feld geführt, um darzutun, daß die Testierfreiheit in der Urzeit auch den Römern unbekannt war. Demnach empfiehlt es sich wohl, an der Abstimmung in den Testamentskomitien festzuhalten, wenngleich mit dem Vorbehalt, daß die aktive Mitwirkung des Volkes mehr und mehr ihr Gewicht verlor und schließlich ganz wegfiel, während das Testament vor der Bürgerschaft als bloßer Zeugin noch ferner in Anwendung blieb.

Nun ist aber weiter zu erwägen, ob mit der zugestandenen Beschlußfassung der Komitien auch notwendig die Unterordnung des Testaments unter den Begriff „Volksgesetz" gegeben sei. Wer das annimmt, schafft den testierenden Bürger weg und setzt an seine Stelle die Kurienversammlung mit dem vorsitzenden Pontifex, der den Gesetzantrag einbringt. Allein diese Auffassung steht augenscheinlich im Widerspruch mit Gai. 2, 101 f.[1]), wo bei allen drei Testamentsarten dieselbe Person als handelndes Subjekt auftritt. Beweisend sind namentlich die Worte in 2, 102:

qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urguebatur, amico familiam suam . . . mancipio dabat. . . .

Hiernach betrachten die Klassiker als Testator nicht etwa die Komitien[2]), sondern überall den Bürger, dessen Beerbung zu regeln war. Und diese Anschauung braucht nicht beschränkt zu werden auf die spätere Zeit, in der die Volksabstimmung schon beseitigt war. Denn der Römer,

---

Handhabung der alten Testamentsform zu beziehen. Der Verf. wollte sagen: das Volk wurde zwar durch den *lictor curiatius* zu Komitien abgerufen; tatsächlich aber unterblieb die Aufstellung nach Abteilungen, und das Testament kam zustande *in populi contione*, also ohne Abstimmung. Gegen Mommsens neueste Auslegung (St. R. 3, 319 f., 3) hat sich — nicht ohne Grund — Karlowa a. a. O. 2, 850, 1 erklärt. Vgl. auch noch W. Erdmann Z. f. vergl. R. W. 22 (1908), 8, 19.

[1]) Lambert, La trad. rom. sur la succession des formes du testament 22 ff. 45 schiebt die römische Überlieferung beiseite und spricht den beiden älteren Arten den Testamentscharakter ab; vgl. dagegen Appleton a. a. O. 40 ff. [und neuestens noch Hölder, Ztschr. f. R. G. R. A. 43, 68 f., 98]. — [2]) Anders Girard, Manuel[4] 800: Antérieurement c'était le peuple qui *legabat*, qui *legem dicebat*, sur la *res* du testateur, . . .

der auf den Todesfall verfügen will, verhandelte sicher nicht bloß vertraulich mit dem Oberpontifex, um ihm den Stoff zu liefern für das erbetene Privileg; vielmehr hatte er vor den versammelten Kurien, nicht anders wie Vater und Sohn bei der Arrogation[1]), in förmlicher Weise (als „Testator") seinen Willen kundzutun. Ging aber diese Erklärung, wie es der Natur der Sache entspricht, dem Volksbeschluß vorauf, so wird man sich die Rogation am ehesten so gefaßt denken, daß die versammelten Quiriten von dem Vorsitzenden befragt wurden, ob sie den von L. Titius getroffenen Anordnungen durch ihre Zustimmung Rechtskraft verleihen wollen.[2])

Ist diese Annahme auch nur möglich, — und das ist sie gewiß, so wenig sie erwiesen werden kann — so gebührt ihr schon der Vorzug vor Faddas Meinung, weil die letztere im Widerstreit ist mit einer durch klare Zeugnisse beglaubigten Tatsache.

Während also die Gegner das Testament selbst zum Volksgesetz machen, lassen wir es als private Willensäußerung bestehen, verlangen aber zur Vollendung und rechtlichen Wirksamkeit Bekräftigung durch einen Kurienbeschluß, der sich zu der Handlung des testierenden Bürgers ähnlich verhielt wie die obrigkeitliche Addictio zur Freilassung mit dem Stab und zur gerichtlichen Zession.[3]) War

---

[1]) Gai. 1, 99. Girard, Manuel[4] 170. — [2]) Den Wortlaut der ans Volk gerichteten Rogation bei der Annahme an Sohnesstatt teilt Gell. 5, 19, 9 mit. In der Reihe der unmittelbar aufeinander folgenden Fragen war diese die dritte; die erste galt dem Adoptivvater, die zweite dem zu adoptierenden Kinde. Schon diese Aufeinanderfolge verlieh der Antwort der versammelten Quiriten das Gepräge einer Bekräftigung des vorher von den Parteien Erklärten. Und so nennt denn auch Gai. 1, 98. 99 die Arrogation eine *adoptio* durch das Vollwort des Volkes: *populi auctoritate*. — In den Testamentskomitien mag man sich die Frage des Vorsitzenden entweder so denken, daß sie die Verfügungen des Testators im einzelnen wiederholte, oder so, daß sie die Bestätigung des kurz in éinem Satze zusammengefaßten Testamentsinhalts erbat. — [3]) Der im Texte aufgestellte Gegensatz wird, so viel ich sehe, in der Literatur nicht hervorgehoben. Doch ist die oben verteidigte Ansicht — halb unbewußt — schon öfter ausgesprochen: so von Mommsen, Röm. Forschungen 1, 274, Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte 2, 849 f. (der den Volksbeschluß ablehnt), am deutlichsten von Pernice, Formelle Gesetze 27. Dagegen vergleiche man

aber L. Titius trotz der Mitwirkung der Komitien der Testator, hatten also die Verfügungen, die er traf, in seinem Munde nicht die Form, in der sie als gesetzliche Anordnungen erscheinen mochten, so erweisen sich die Worte *do lego* als ebenso passend für das komitiale wie für das Libraltestament. Damit fällt zugleich jeder Grund weg, an der Zuverlässigkeit der Nachrichten zu zweifeln, die das Dasein des Vindikationslegats für die Zeit der Zwölftafeln feststellen. Und auch dem Gedanken von Hölder, das Damnationslegat müsse uralt sein, weil die Formel *damnas esto* deutlich die Herkunft „aus einem Akte des öffentlichen Willens" verrate, dürfte der Boden entzogen sein, sobald die Abfassung des ältesten Testaments in der Redeweise des Volksgesetzes als unerwiesene und unerweisbare Voraussetzung erkannt ist. Ebenso unzulässig wäre es, umgekehrt auf den Gesetzesstil oder doch auf die Gesetzesnatur des urzeitlichen Testaments zu schließen aus dem für spätere Epochen bezeugten *damnas esto*. Denn so häufig diese Worte in römischen Leges — übrigens nicht [1]) der ältesten, sondern der mittleren Zeit — vorkommen, um eine vom Gesetz verordnete Bindung auszudrücken, so wenig begreift man, weshalb sie nicht von Haus aus brauchbar gewesen wären, auch eine durch Richterspruch oder Privatgeschäft erzeugte Verpflichtung anzuzeigen. [2])

Ist es aber willkürlich als geschichtliche Vorstufe der privaten Erbendamnatio ein gesetzliches Gebot zu verlangen, das für den einzelnen Fall die Leistungspflicht begründet hätte, so würde man anderseits fehlgehen mit der Annahme, daß Damnationslegate schlechthin unvereinbar waren mit dem Testament vor den Kurien. Allem Anschein nach schließt überhaupt keine von den Testamentsformen die eine oder die andere Legatsart aus. Sollten Damnationsvermächtnisse in der Komitialform niemals errichtet sein, — was man weder

---

etwa Fadda, Origine 5: Che il testamento comiziale fosse atto della comunione, non della volontà individuale . . ., Cuq, Institutions [1] 1, 295, 1: Le caractère législatif du testament. . . .

[1]) *Damnare* fehlt in dem erhaltenen Wortschatz der Zwölftafeln. — [2]) Gegen die phantastische Überspannung des dem *damnas esto* zukommenden Wertes und wegen der wahren Bedeutung des Wortes vgl. Ztschr. f. R. G. R. A. 38, 176f.

behaupten noch verneinen kann — so gäbe es dafür nur den éinen Grund, daß diese Legate erst in Aufnahme kamen, als es schon unnötig und unüblich war, vor dem versammelten Volke zu testieren.

Wann diese letztere Wendung eintrat, das entzieht sich näherer Bestimmung. Doch dürfen wir keinesfalls sehr weit ins Altertum zurückgreifen. Denn ungeeignet, den Komitialakt zu verdrängen, war nicht bloß die alte von Gai. 2, 102 beschriebene *familiae mancipatio* mit dem Salmann, — die nur zu Unrecht „Testament" heißt — sondern ebenso auch die spätere Scheinmanzipation mit Nuncupatio, so lang diese lediglich der Anordnung von Legaten diente. Verschwinden aus dem Rechtsleben konnte das Testament *calatis comitiis* gewiß erst, nachdem es die Juristen für statthaft erklärt hatten, die Nuncupatio auch zur Erbeinsetzung zu benutzen. Nun ist aber auf der anderen Seite unseren Vermutungen eine feste Grenze gezogen durch eine von Cicero de orat. 1, 228[1]) überlieferte Nachricht, aus der wohl zu schließen ist, daß spätestens im Jahre 605 d. St. letztwillige Verfügungen vor den Kurien nicht mehr vorkamen.

Bringt man die hier angeführten Erwägungen zusammen mit dem oben (S. 200—203) begründeten Zeitansatz für die Entstehung des Damnationslegats, so ergibt sich, trotz Anerkennung einer langen[2]) Lebensdauer der Komitialform, nur ein äußerst schmaler Raum, in dem das neue Verpflichtungsvermächtnis als Bestandteil des Kurientestaments etwa auftauchen konnte. Wenn ferner Gaius 3, 173. 175 die Damnationsschuld des Erben ohne weiteres als Beispiel nennt eines *debitum* aus einem *per aes et libram gestum*[3]), so ist zwar damit die einstmalige Verwendung einer älteren Testamentsform nicht ganz ausgeschlossen, da sich der Jurist auf die Darstellung des neueren Rechts beschränken konnte;

---

[1]) Dazu Liv. ep. 49. Karlowa, R. Rechtsgeschichte 2, 855, 1. Girard, Manuel[4] 801, 1. Geleugnet ist die Beweiskraft der Cicerostelle von W. Erdmann a. a. O. 22, 30 f. — [2]) So urteilt Mitteis, Röm. Privatrecht 1, 275. — [3]) So versteht schon Huschke, Nexum 212 f. die Darstellung des Gaius a. a. O. (dazu besonders Aelius Gallus bei Fest. p. 165); anders Kübler, Ztschr. f. R. G. R. A. 38, 273. Vgl. aber Lenel in derselben Ztschr. 36, 90 und neuestens (1908) Pflüger, Nexum u. Mancipium 44 f.

doch bleibt auch hier nur geringe Wahrscheinlichkeit übrig für die Annahme eines außerhalb der Libralform errichteten Vermächtnisses *per damnationem*.

Was im vorstehenden ausgeführt ist, um die Anschauungen von Hölder und Fadda abzuwehren, das richtet sich größtenteils auch gegen Édouard Cuq[1]), der den genannten Gelehrten ziemlich nahesteht. Darin aber weicht er von ihnen ab, daß er dem Vindikationsvermächtnis der Zwölftafelzeit Unabhängigkeit von der Erbeinsetzung zuschreibt und nur die Erbendamnation, die zunächst nicht als „Legat" gegolten habe, an das Komitialtestament bindet. Erst nachdem die Berufung zur Erbschaft ein Privatgeschäft geworden war, seien die beiden Vermächtnisarten in der Nuncupatio zusammengetroffen. Hier habe eine Annäherung stattgefunden; seither sei die Damnation dem erweiterten Legatsbegriff untergeordnet.

Wie man sieht, bringt es Cuq zuwege, den Quellen, die das Vindikationsvermächtnis an den ersten Platz stellen, Rechnung zu tragen, ohne daß er um deswillen den Altersvorrang zugestehen müßte. Allein diese künstlichere Erklärung hat doch ihre Wurzel lediglich in dem Glauben an das Uralter der Erbendamnatio, und gerade dieser für uns wichtigste Punkt ist nichts als eine freie Vermutung, für die man bisher — wie schon gezeigt ist — keinerlei haltbare Stützen gefunden hat.

Um nur eines nachzutragen, möchte ich noch einer Erwägung gedenken, die Hölder[2]) an den Grundunterschied der zwei in Rede stehenden Legatsarten anknüpft. Während das Vermächtnis *per vindicationem* seiner Formel nach denkbar ist ohne begleitende Beerbung, verlangt die Damnatio als belasteten einen Erben, der aus dem Vermächtnis ähnlich zu haften hat wie kraft Erbrechts für die Schulden des Verstorbenen. Nun soll sich gerade wegen dieser Abhängigkeit von der Erbfolge das verpflichtende Vermächtnis als das ursprüngliche des römischen Rechts erweisen. Dieses Legat allein könne bestehen neben der Gesamtnachfolge des Erben, ohne ihr Abbruch zu tun.

---

[1]) S. oben S. 199 Anm. 3 a. E. und S. 210 Anm. 1. — [2]) A. a. O. 74.

Nach meinem Ermessen verfehlt aber diese Ausführung ihr Ziel, weil papierne Gedanken, wie sie der betrachtende Gelehrte an den fertigen Rechtszustand heranbringt, — und um solche handelt es sich hier — meist sehr weit abliegen von den treibenden Kräften der Rechtsentwicklung. Und besonders bedenklich erscheint Hölders Darlegung noch aus dem Grund, weil sie es unternimmt, in der bezeichneten Weise Vorgänge zu erklären, die einer Epoche naiver Rechtsbildung: der Zeit nämlich vor den Zwölftafeln angehören sollen. Daher wird man es — glaube ich — weder begreifen, wie der notwendige Zusammenhang von Beerbung und Belastung einen Schluß gestatten soll auf die hohen Jahre der Erbendamnatio, noch auch, wie die fehlende „Brücke“ zwischen Erbfolge und unmittelbarem Erwerb beim Vindikationslegat hinweisen soll auf das geringere Alter des Verfügungsvermächtnisses.

Von denselben Tatsachen, an die sich Hölders Hypothese anlehnt, geht E. Cuq aus, um mit ihrer Hilfe eine wesentlich andere Behauptung zu begründen. Seiner Meinung nach hätten wir für das Vindikationslegat der Zwölftafeln volle Selbständigkeit anzunehmen. Wer aber die Trennung vom Erbentestamente lehrt, sieht sich vor die Frage gestellt, wie denn nun das Eigentumsvermächtnis errichtet wurde? Cuq antwortet [1]) mit der Vermutung, daß eine mündliche, an bestimmte Worte gebundene Erklärung vor Zeugen gefordert war.

Welcher Einwand m. E. dieser Ansicht entgegensteht und zu entschiedener Ablehnung nötigt, das ist auf S. 210 schon gesagt. Die Dezemviralordnung und das neuere auf ihr ruhende Recht kann die behauptete Geschäftsform — die auch bloß willkürlich ersonnen ist — nicht wohl gekannt haben. Damit aber soll keineswegs Cuqs Lehre schlechtweg beseitigt werden. Was dieser Gelehrte richtig beobachtet hat, wollen wir beibehalten und es nur passender, an einer anderen Stelle nämlich, einordnen. Zur Erklärung des eben Gesagten sind ein paar kurze Bemerkungen nötig.

Die altrömische Erbeinsetzung und die Anordnung von Legaten treffen in éinem Punkte zusammen: beide sollen

---

[1]) Auch in der 2. Aufl. der Institutions 1, 130f. (1904).

erst nach dem Tode des Verfügenden zur Wirkung kommen. Im übrigen aber ist der Gehalt des einen Geschäftes von dem des anderen so grundverschieden[1]), daß eine natürliche Zusammengehörigkeit füglich nicht behauptet werden kann. Weder die Vereinigung der beiden Geschäfte unter éiner Form noch die Beschränkung des Vermächtnisses auf den Fall der testamentarischen Beerbung dürfte man für selbstverständlich erachten. Begründen läßt sich dieses Urteil unschwer aus der Geschichte des römischen Erbrechts.

Irre ich nicht, so stehen sich zu verschiedenen Zeiten immer wieder zwei Richtungen feindlich gegenüber: die eine, vertreten von der Mehrzahl der Zunftjuristen und auch etwas unterstützt von der Gesetzgebung, geht aus auf strenge Unterjochung des Vermächtnisses unter die Erbfolge; während auf der Gegenseite eine andere, mehr volkstümliche Richtung bestrebt ist, für das Vermächtnis eine freiere Stellung und größeren Spielraum zu gewinnen. In der Zeit nach den Zwölftafeln ist die Loslösung von der Erbeinsetzung — wenn wir absehen von der *familiae mancipatio*[2]) an den Salmann — zuerst verwirklicht im älteren Libraltestament mit Nuncupatio, und dann wiederum in noch weiterem Umfang in den Fideikommissen der Kaiserzeit. Dagegen zeigt uns die Legatentheorie der späteren Klassiker die Unterordnung des Vermächtnisses unter das testamentarische Erbrecht in der denkbar schärfsten Ausprägung.

Wer sich diese erheblichen Schwankungen vor Augen hält, dürfte schwerlich geneigt sein, die klassische Ordnung des hier behandelten Verhältnisses wie etwas Naturwüchsiges auch in die römische Urzeit zu übertragen. Wird dann aber gefragt, wann zuerst die Verbindung des Vindikationslegats mit der Erbenernennung erfolgt sei, so weisen wir hin auf eine viel frühere Epoche als Cuq, auf die Zeit vor dem Gesetz der Zehnmänner, und betrachten demnach — wieder

[1]) Über das Wesen der römischen Erbfolge vergleiche man jetzt besonders die überzeugende Ausführung von Mitteis, Privatrecht 1, 93 ff. — [2]) Über deren Alter ich mich eines Urteils enthalten möchte, obwohl es m. E. feststeht, daß sich die Zwölftafelnorm *uti legassit* nicht auf dieses Geschäft bezog (s. oben S. 209 A. 4). Mitteis a. a. O. 1, 82, 24 entscheidet sich für die Zeit nach dem Gesetz der Zehnmänner.



von Cuq abweichend — schon das Komitialtestament als die Form, in der die beiden Geschäfte vereinigt wurden.

Die Zwölftafeln endlich geben in dem Satze *uti legassit* . . . *ita ius esto,* dem Wortlaut zufolge, keine Auskunft über die Art und Weise, wie das *legare* zu geschehen hat; bloß das éine stellen sie fest, vermutlich nur bestehendem Zweifel gegenüber, daß die selbstherrliche Verfügung des Bürgers rechtlich wirksam sei. Anders ausgedrückt: die Erbeinsetzung blieb an die Zustimmung der Komitien gebunden, das Legat war davon befreit; bei dem letzteren hatte also die Bürgerschaft bloß Zeugnis zu leisten.[2])

Von den vorstehenden Bemerkungen berühren einige das überaus schwierige Gebiet der römischen Testamentsgeschichte, freilich ohne tieferes Eindringen. Bei dem engen Zusammenhang dieses Gegenstandes mit der uns beschäftigenden Altersfrage war es nicht möglich, die letztere ausreichend zu behandeln, ohne jene Abschweifung zu wagen. Dessenungeachtet wird man vielleicht eine oder die andere Beobachtung vermissen, die der hier verteidigten Ansicht zur Stütze hätte dienen können. So ist insbesondere des Vermächtnisses *sinendi modo* gar nicht gedacht, obgleich sich die geschichtliche Stellung dieser merkwürdigen Rechtsfigur glaubwürdig wohl nur bestimmen läßt, wenn man sie anknüpft an das ursprünglich allein stehende Vindikationslegat und sie dann als erste Stufe einer unvollkommenen Schuldnerschaft auffaßt, die sich allmählich für den Erben dem Bedachten gegenüber entwickelte.

---

[1]) Sollte es gelingen, auch in Rom Anhaltspunkte zu finden für eine Ursprungshypothese des Legats aus der Schenkung von Todes wegen (aufgestellt z. B. von Bonfante, Istituzioni di dir. rom. [1896] 445), so wird man vielleicht die Abtrennung der jüngeren Einrichtung von der älteren für vollendet erklären im Zeitpunkt der Verbindung des Legats mit der Erbenernennung. In sehr ansprechender Weise hat jüngst E. F. Bruck in seiner Habilitationsschrift Die Schenkung auf den Todesfall 108 ff. (Breslau 1909), die sich durch musterhaft klare Darstellung auszeichnet, zunächst für das altgriechische Recht den Nachweis der Entstehung des Testaments ohne *εἰσποίησις* aus der Schenkung auf den Todesfall unternommen. — [2]) Das ist die Ansicht von Mitteis a. a. O. 1, 82, 24.

Auf die nähere Ausführung dieses Gedankens ist hier zunächst verzichtet, weil schon vor Jahren C. Ferrini[1]) den Weg gezeigt hat, der zum Ziele führt, und weil ein übermäßiges Anschwellen dieser einleitenden Betrachtung vermieden werden sollte. Damit ist aber auch der Ursprung des Damnationslegats von der Erörterung an diesem Orte ausgeschlossen. Denn die von der Anerkennung des testamentarischen Gebots: *heres sinito* ... ausgehende Entwicklung hat sich anscheinend fortgesetzt, um ihren Abschluß zu erreichen mit der Zulassung der Erbendamnatio zum Geben und Tun. Inwieweit dabei noch die Auflagen, welche dem Salmann bei der *familiae mancipatio* gemacht wurden, als Vorbild gewirkt und etwa die Aufnahme der Partitionsverpflichtung ins Legatenrecht gefördert haben[2]), das bleibt besser dahingestellt. Keinesfalls aber wird man auf diesem Gebiet an Eingriffe der Volksgesetzgebung denken dürfen. Davon wären uns gewiß nicht alle Spuren verloren. Daher haben wir die Entfaltung des Legatenbegriffes sicher als ein Werk der Jurisprudenz anzusehen, die dann für die neu geschaffenen Arten — wie auch für die private Erbeinsetzung — die gesetzliche Deckung in dem *uti legassit* der Zwölftafeln gesucht und gefunden hat.

Blicken wir zurück auf das bisher Gesagte, so darf das Ergebnis kurz in folgende Worte gefaßt werden. Das Vindikationslegat besteht zweifellos schon zur Zeit der zehn Gesetzgeber. Diese selbst begreifen unter dem *legare* nur eine für den Bedachten unmittelbar wirksame Verfügung. Dagegen ist das Damnationsvermächtnis erst für den Anfang

---

[1]) Legati 3f. 13ff. (wörtlich übereinstimmend im Bullettino dell' istit. di dir. rom. 1, 121—123); vgl. auch Voigt, R. Rechtsgeschichte 1, 517f., Costa, Storia 2, 467. Marezoll a. a. O. 9 (1835) 103ff. kann man nicht wohl als Vorgänger von Ferrini betrachten. Wenn das Duldungsvermächtnis gemeinhin als eine Abart der Damnatio und daher dieser gegenüber als jünger gilt (so Karlowa, R. Rechtsgeschichte 2, 919. Girard, Manuel[4] 914), so drängt sich allerdings diese Auffassung jedem auf, der die Formel bei Gai. 2, 209 und Ulp. 24, 5 für ursprünglich hält (letzteres nimmt selbst Ferrini an). M. E. ist aber das *damnas esto* vor *sinere* eine spätere Einschaltung (statt: *sinito*) aus der Zeit des vollen Siegs des im engeren Sinn sog. Damnationslegats. — [2]) Vgl. aber oben S. 200f. A. 3 a. E.

des 7. Jh. d. St. nachweisbar, u. z. in der Gestalt der Partition, bei der übrigens das Stichwort *damnare* nicht[1]) üblich war. So wenig nun insgemein der Mangel von Nachrichten aus einer nur spärlich beleuchteten älteren Epoche als sicheres Zeichen zu deuten ist für das Nichtdasein der fraglichen Einrichtung in jener Zeit, so werden wir doch in unserem Fall unbedenklich gerade so entscheiden müssen, wie die Quellen lauten. Denn während der Altersvorzug des Verfügungsvermächtnisses auch sonst aus der Überlieferung deutlich zu ersehen ist, sind alle Versuche, mit und ohne Hilfe der Quellen die entgegengesetzte Ansicht zu begründen als mißlungen zu bezeichnen. Demnach bleiben wir bei dem schon bisher vielfach vertretenen Satze stehen: das alte Recht der Römer kennt nur éin Legat: das *per vindicationem*; neueren Ursprungs ist das den Erben verpflichtende Vermächtnis; das Damnationslegat insbesondere ist wahrscheinlich ein bedeutend jüngeres Gebilde.

II.

Der Schulenstreit in der Überlieferung. — Sabinus und die Altsabinianer.

Die Erörterung des Schulenstreites über den Erwerb der dinglich vermachten Sache wird uns sehr bald vor einige Quellenäußerungen führen, die einen Vindikationsbegriff handhaben, der so gut wie unbekannt ist, und der die Mühe des Ausgrabens reichlich lohnen dürfte. Indessen will ich an dieser Stelle lieber noch absehn von der Ausbeutung der klassischen Schriften zu dem gedachten Zweck. Hier ist vorerst das Folgende nur vorzubereiten durch einen möglichst unbefangenen Bericht über die verschiedenen Ansichten, die von den alten Juristen in der uns beschäftigenden Kontroverse aufgestellt sind.

Überflüssig wird man die Wiederaufnahme der so oft schon eingehend behandelten Frage füglich nicht nennen dürfen. Denn, wie es scheint, ist einige Hoffnung vorhanden,

---

[1]) Oben S. 199 A. 4 und S. 200f. A. 3.

auf noch unbetretenem Weg etwas vorwärts zu kommen: eine Aussicht, die sich auf zwei Beobachtungen stützen läßt.

Einmal hatten alle Gelehrten, die sich bemühten, den Standpunkt des Justinianischen Rechts aufzufinden, von vornherein gebundene Marschlinie. Zu dem Ergebnis, daß die Kompilation Unvereinbares zusammenfaßt, und daher die für das Gesetzbuch maßgebende Lehre ohne Willkür kaum zu ermitteln ist, dazu wollte man begreiflich durchaus nicht gelangen. Anders aber als mit Rücksicht auf Justinian ist bisher der Quellenstoff meines Wissens niemals untersucht.

Und noch ein anderer Umstand trat hinzu, der geeignet war, eine befriedigende Lösung zu vereiteln. Seitdem der echte Gaius zugänglich ist, glaubte man auf Grund der Institutionen Alles zu wissen, was die Klassiker über den Erwerb beim Vindikationslegat gedacht hatten. Wer sich aber leiten läßt von dieser Annahme und die Pandekten aufschlägt, um die Anhänger des Sabinus und ebenso die des Proculus kennen zu lernen, wird bald genug auf unübersteigliche Schwierigkeiten stoßen. Zwei der wichtigsten Juristen: Julian und Ulpian machen fast den Eindruck, als wollten sie ihre Leser necken durch recht häufigen Farbenwechsel. Bald meint man sie der einen, bald wieder der anderen Schule zuweisen zu müssen.

Solchem Wirrwarr gegenüber wird es heute gewiß kein Romanist unterlassen, an Tribonian als Unheilstifter zu denken. Auch liegt es in der Tat recht nahe, den Kompilatoren die Herrichtung einer Mischmaschlehre zuzumuten, da sie überall die Aufgabe hatten, den Zwiespalt der Meinungen zu verdecken, wenn nicht zu beseitigen. Allein genauere Prüfung der in Betracht kommenden Fragmente[1]) nötigt meines Erachtens zu dem Bekenntnis, daß mit der Annahme von Interpolationen weder der rechte Weg zur Entwirrung gefunden wäre, noch auch Verdachtsgründe aus der Form der Texte aufsteigen, die es gestatten würden, die Echtheit anzuzweifeln.

---

[1]) Vgl. einstweilen die Aufzählung bei Windscheid-Kipp, Pandekten[9] III § 643, 2. (Statt l. 66 C. 6, 1 ist zu lesen l. 66 D. 6, 1.)



Der Gedanke an Änderungen, welche die Kompilatoren plangemäß ausgeführt hätten, um im Gesetzbuch ein Mittleres zwischen den zwei Schulmeinungen aufzurichten, ist verfehlt, weil die Digesten neben solchen schillernden Aussagen nicht wenige Stellen enthalten, die unverkennbar gut sabinisch sind, und auch ein paar andere, die auf Proculus hinweisen. Ihrer Fassung wegen sind wohl dem Verdacht der Fälschung am meisten ein Fragment von Ulpian: D. 30, 44, 1 ausgesetzt, und eines von Papinian: D. 31, 80. Bei Ulpian meint man die Worte: *ubi legatarius non repudiavit* auf den ersten Blick als dreistes Einschiebsel zu erkennen, bei Papinian mit etwas geringerer Zuversicht das Satzstück: *et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem.*[1]) Doch wird sich weiter unten zeigen, wie voreilig es wäre, ein solches Urteil über die Herkunft der angeführten Worte zu fällen.[2])

Wenn nun die Pandekten Äußerungen aufweisen, die sich weder in die Lehre des Sabinus noch in die des Proculus fügen wollen, und wenn sich diese Abweichungen auch nicht auf Rechnung der Kompilatoren setzen lassen, so müssen wir der Vermutung Raum geben, daß schon unter den Klassikern einige Juristen waren, die ihren eigenen Weg gingen, statt an den Schulansichten festzuhalten.

Im Lehrbuch des Gaius ist freilich nichts davon zu lesen. Doch kann uns dieses Stillschweigen keineswegs hindern, in der angedeuteten Richtung zu forschen. Denn alles, was die Institutionen bringen, bliebe doch aufrecht und würde sich bloß als unvollständig erweisen. Übrigens ist selbst dieser letztere Vorwurf noch weiterer Begründung bedürftig: er trifft nur zu, wenn die dritte Ansicht, die wir vermuten, schon in der Zeit Hadrians oder des Kaisers Pius zu erheblicher Bedeutung gelangt war.

---

[1]) Auffällig ist hier auch der Wechsel des Modus im selben Satz: *si res ... relicta sit et legatarius non repudiavit ...* Der Indikativ ist wahrscheinlich kompilatorisch; doch wäre es willkürlich, daraus auf eine weitergreifende Textänderung zu schließen. Vgl. Jörs in Pauly-Wissowa R. E. V, 525. 541. — [2]) Seckel hat — wie ich erst nachträglich sehe — bei Heumann[9] s. v. *velle* (S. 616), vom fr. 13 § 3 D. 9, 2 ausgehend, Julian zum Anhänger der proculianischen Lehre gemacht (wie Koeppen) und daher Jul. D. 30, 81, 6 und Jul. D. 30, 86, 2 für interpoliert erklärt. Gewiß mit Unrecht.

Der Bericht des Gaius aber in 2, 195 lautet so:

In eo solo dissentiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores, quod ita legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse [dimissum], sed posteaquam scierit et spreuerit[1]) *legatum, proinde esse atque si legatum non esset; Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere. sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videmur, quod Proculo placuit; nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, 'Deliberent', inquit, 'decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset'.*

Hiernach hatte die von Sabinus vertretene und vielleicht von ihm auch zuerst entwickelte Lehre folgende Gestalt. Das Eigentum einer durch Verfügung vermachten Sache erwirbt der Legatar ohne eigenes Zutun, selbst ohne davon zu wissen, u. z. in dem Augenblick, wo der zur Gesamtnachfolge Berufene Erbe geworden ist. Wenn unser Gewährsmann hier und anderwärts (2, 194. 204. 213) den Bedachten Eigentum gewinnen läßt *post aditam hereditatem*, so will er gewiß nur das ursächliche Verhältnis hervorheben, das zwischen diesem Ereignis und dem Legatserwerb besteht, keineswegs aber auf einen zeitlichen Abstand hinweisen, der die eine Tatsache von der anderen trennt. Gaius selbst schließt solches Mißverständnis aus, indem er jedesmal mit den angeführten Worten unmittelbar ein *statim* oder *continuo* verbindet.

Vermutlich rührt diese Betonung des „sofortigen" Eigentumserwerbs schon von dem Urheber der Lehre her, der auf diese Weise ein Mittel bereit halten wollte, um gefährlichen Angriffen zu begegnen. Denn die Gegner des Sabinus mochten ihren Widerspruch ungefähr so begründen. Soll für den Legatar die Entstehung des Eigentums bedingt sein durch den Erbschaftserwerb, so gelangt die vermachte Sache

[1]) Das Wort ist unleserlich; *spreverit* setzen Seckel u. Kübler ein (1908), Niebuhr folgend. In welchem Sinne die Lücke zu ergänzen sei, das steht vollkommen fest.



zunächst ins Vermögen des Erben, und erst von diesem kommt sie an den Bedachten. Für den Erben aber müßte diese Theorie unleidliche Folgen herbeiführen: vor allem den Verlust einer an der legierten Sache ihm etwa zustehenden Servitut, da dieses Recht durch Konfusion erlöschen würde.[1])

---

[1]) Der Ausschluß der den Erben grundlos bald gefährdenden bald begünstigenden Confusio (beim unbedingten Vindikationslegat — anders ist das bedingte zu beurteilen; s. Papinian D. 31, 76, 2, dazu Enneccerus, Rechtsgeschäft 400f. und wegen der Interpolation C. Longo, Bullettino dell' istit. 11, 308ff.) war wohl in Rom immer und allgemein anerkannt. Wie von dem Proculianer Neratius (D. 47, 2, 65 Mo.), so haben wir auch von Julian (bei Ulp. D. 15, 1, 9, 5) und von Papinian (D. 31, 80) Aussprüche, die unabweislich zu dieser Entscheidung hinführen (vgl. noch Scaev.-Ulp. D. 29, 5, 1, 13). Nicht irreleiten darf uns dabei das schwierige fr. von Marcellus (184) D. 31, 26 (jüngst erläutert von Salkowski in Glücks Pand. 49, 82, 34, Segrè, Studi in onore di V. Scialoja [1905] 1, 262. Anscheinend läßt der Jurist das Vermächtnis des vollen Eigentums durchaus als Vindikationslegat gelten, obwohl der Erblasser nur die Proprietät hatte; vgl. Maecian-Ulp. D. 7, 1, 72). Ein Nießbrauch, der dem Erben an der vindikationsweise vermachten Sache zusteht, erlischt nach Zivilrecht durch Confusio ebensowenig wie eine Prädialservitut. Hat aber der Testator nicht bloß die „Proprietät" (wie bei Ulp. D. 33, 2, 4), sondern die „Sache" (im fr. 26 cit.: *servum*, bei Pap. D. 31, 76, 2: *fundum)* vermacht, so würde es seiner Absicht widersprechen (Pap.: *voluntatis ratio non patitur*), wenn man dem Erben die Nutzung vorbehalten und den Legatar auf das entleerte Eigentum beschränken wollte. Daher lasse der Prätor in solchem Fall die vom Erben zum Schutze des Nießbrauchs erbetene Einrede nicht zu (Marc.: *non potest heres doli mali exceptione uti*), während der Legatar Prädialservituten des Erben dulden muß. Die gleiche Erwägung wie im fr. 26 liegt der Entscheidung bei Pap. D. 31, 66, 6 (betrifft ein Damnationslegat — s. Fitting, Begriff der Rückziehung 93 A. 129; der Schluß, wie Longo a. a. O. zeigt, nicht durchaus echt) zugrunde und auch den oft besprochenen Stellen bei Windscheid-Kipp, Pand.[9] III § 656, 6; dazu noch Jul. 715 D. 45, 1, 58. — Mit dem in dieser Anm. Gesagten stimmt freilich Karlowa (Röm. Rechtsgeschichte 2, 938) nicht überein. Seiner Meinung nach ist die fragliche Confusio wiederholt (in den Pandekten dreimal), u. z. von Sabinianern anerkannt. Der Versuch, die Zeugnisse dafür zu beseitigen, indem man (z. B. Scheurl, Beiträge 1, 78f., Lenel, Pal.) die behandelten Fälle von Damnationslegaten versteht, sei willkürlich. Allein dieses Urteil ist gewiß unbegründet. Denn zwei von den angeführten Fragmenten (Jul. 476 D. 30, 84, 4 und Flor. 34 D. 30, 116, 4) nennen ausdrücklich die Actio *ex testamento* (nur diese!), und das dritte (Gai. 317 D. 30, 70) vergleicht (im § 2) die Stellung des

Erben gegenüber dem Legatar (im Falle des pr. und § 1) mit der eines Mandatars und Käufers. Demnach ist wohl die Deutung auf verpflichtende Legate völlig gesichert. Und dieselbe Beziehung ist unbedenklich auch für Paul. bei Pap. 364 D. 8, 1, 18 (Lenel, Pal. 1, 878, 2) anzunehmen (anders Enneccerus a. a. O. 404f., der — wie Fitting — ein bedingtes Vindikationslegat voraussetzt und die Servitutenkonfusion hier — im Widerspruch mit Papinians *retineat* D. 31, 76, 2 — genau so wie beim Damnationslegat behandeln will: was ich für unrichtig halte). Um die Art zu begreifen, wie Karlowa seine Gegenmeinung aus den Quellen ableitet, ist eine zweite Behauptung zu beachten, die er a. a. O. aufstellt. Mit anderen Gelehrten hält Karlowa den von ihm sogenannten „allgemeinen obligatorischen Legatsanspruch" für klassisch, ja er ist sogar geneigt, dessen Ursprung schon in die Zeit der Republik zu setzen. Der römische Ausdruck aber für diesen „Anspruch" wäre die Actio *ex testamento*, die auch beim Vindikationslegat Anwendung fände, u. z. nicht bloß zur Ergänzung der Actio *in rem*, wo diese nicht ausreicht, sondern ebenso anstatt der dinglichen Klage, wenn es dem Bedachten so beliebt. Sehr deutlich bekennt sich Brinz, Pand.[1] 941f.; Pand.[2] 3, 401, 4f. zu dieser Lehre; von Späteren namentlich G. Kretschmar, Natur des Prälegats (1874) 114—118 und Salkowski-Glück, Pand. (1889) 49, 13ff. und sonst öfter; doch äußern sich die beiden letzteren ziemlich zurückhaltend. O. Lenel hat die gleiche Ansicht nur in den ersten Auflagen seines Edictum 422, 5 angenommen, während sie in der zweiten (1907) 515, 10 unter Berufung auf Eisele ausdrücklich preisgegeben ist. M. E. haben uns neuestens besonders die Arbeiten der Italiener so weit gefördert, daß es kein Wagnis ist, die gestellte Frage, zur éinen Hälfte wenigstens, bestimmter zu beantworten. Der überall konkurrierende persönliche Legatsanspruch, von dem Gai. 2, 192—223 nichts weiß, ist für das Recht der Pandektenjuristen überhaupt abzulehnen. Auch als Ergänzungsklage beim Vindikationslegat ist die Actio *ex testamento* (außer in Fällen des Neronianum; vgl. aber Kretschmar a. a. O. 127, 63) vermutlich nirgends klassisch; dagegen dürfte die in der letzteren Eigenschaft bei den späteren Juristen vorkommende *A. in factum* und *A. utilis* — wenn auch nicht durchweg — echt sein (Callistr. D. 31, 63 erklärt P. Krüger [1908] — zögernd — für interpoliert; ebenso Segrè, Studi Scialoja 1, 254f., 1 den Schlußsatz von Ulp. D. 9, 2, 15 pr., wo indes das Prozeßmittel nicht genannt ist. — Jetzt, 1909, vergleiche man noch Salv. Riccobono, L'influenza del Cristianesimo p. 24 des S. A.). Auf den Umschwung, der in der nachklassischen Zeit allmählich heranreift, und den Justinian wohl lediglich anerkennt, weist der Kaiser selbst in seinen Reformgesetzen hin. Nach dem Erlaß im C. I. 6, 43, 1 pr. hatten die mit einem Vermächtnis Bedachten schon der bisherigen Ordnung zufolge *plerumque* eine *personalis actio;* künftig sollen ihnen — was am deutlichsten C. I. 6, 43, 2, 1 ausspricht — aus sämtlichen Vermächtnissen *(ex omnibus)* persönliche Klagen *(personales)* zustehen. Demnach dürfen wir vor allem die berüch-

---

tigten Fragmente im 30. Buch der Pand. (33. 84 § 13. fr. 85), die für Vindikationslegate ohne weiteres eine obligatorische Klage zulassen, als unecht bezeichnen, ferner auch D. 5, 1, 38 (Lenel, Pal. 1, 559 f., 1), D. 30, 108, 2, C. I. 6, 37, 3, C. I. 6, 47, 4. Einige von diesen Zeugnissen sind bereits von Cujacius und A. Faber (Coniect. VI c. 1) angefochten; neuerdings aber ist die Interpolation der genannten Stellen eingehender begründet von Ascoli, Archivio giur. 40 (1888) 336—350, Ferrini, Legati (1889) 27—32. 391 f. 403—405, Eisele, Ztschr. f. R. G. R. A. 31 (1897), 5—9, Segrè, Studi Scialoja 1, 245—252 (vgl. auch Salkowski a. a. O. 49, 623, 72 in einem Nachtrag, der die frühere Darstellung widerruft). Wie weit freilich die Eingriffe der Kompilatoren gingen, das ist meist nicht sicher zu ermitteln, weil der Inhalt der benutzten Vorlagen zweifelhaft bleibt: namentlich ob darin vom Einfluß des Neronianum die Rede war oder etwa von Legaten, die der Erblasser in zweifacher Form *(per vind. — per damn.)* angeordnet hatte. Auf einen Fall der letzteren Art haben wir sehr wahrscheinlich Pap. D. 31, 76, 8 zu beziehen, was schon (1870) von Alibrandi (Opere giur. 1, 187 f.) erkannt und jüngst von Segrè unter Heranziehung des fr. 86 § 1 D. 30 (Jul.) und fr. 66 § 5 D. 31 (Pap.), die ähnliche Fälle behandeln, sorgfältig dargelegt ist. In gleicher Weise dürfte auch Paul. D. 35, 2, 36, 3 zu verstehen sein; der Sinn der Worte *vindicari petive* wird klar, wenn man das Fragment zusammenstellt mit Valens D. 35, 1, 89. — Im übrigen möchte ich nur noch Ulp. D. 30, 37, 1 anführen, wozu man Ferrini, Legati 244—246 (anders Lenel, Pal. 2, 1088, 5) vergleichen mag, ferner Jul. 887 D. 7, 1, 35 pr., wo ein Damnationslegat anzunehmen ist (vgl. Jul. 888 L. und wegen des Erfordernisses der Actio *incerta* Ulp. D. 45, 1, 75, 3; unrichtig Salkowski a. a. O. 49, 305, 135), und zuletzt drei zusammengehörige Stellen, deren Erörterung hier nicht zu umgehen ist: Ulp. 385 D. 4, 3, 7, 5 (dazu Segrè a. a. O. 1, 253 f., 1, der die *A. ad exhibendum* im gegebenen Fall als unbrauchbar erweist), Ulp. 2554 D. 7, 4, 5, 3 und Paul. 209 D. 4, 3, 18, 2. Die größten Schwierigkeiten bereitet das erstgenannte fr. 7 § 5 *(Item si servum legatum heres ante aditam hereditatem occiderit, quoniam priusquam factus sit legatarii, interemptus est, cessat legis Aquiliae actio: de dolo autem actio, quocumque tempore eum occiderit, cessat, quia ex testamento actio competit)*, weil es sicher unzulässig ist, mit Ferrini, Legati 393, Rivista it. per le scienze giur. 12 (1891), 171 ein Damnationslegat vorauszusetzen, um die *A. ex testamento,* die der Pandektentext bietet, für das klassische Recht zu erklären. Wie aber verträgt sich diese Klage mit einem Verfügungsvermächtnis? Denkbar wäre allenfalls ein Vindikationslegat, das vom Erblasser *per damnationem* wiederholt und bekräftigt ist. Die überflüssig gewordene Doppelform hätten die Byzantiner weggestrichen. Doch halte ich diese Annahme weder für wahrscheinlich, noch beseitigt sie jeden Anstoß. Soll wirklich Ulpian ein vor der Entstehung der Legatsforderung *(ante aditam hereditatem)* eingetretenes Ereignis (die Tötung des vermachten Sklaven durch den Erben) in den Bereich dieser Obli-

gation (der A. ex testamento) gezogen haben, ohne der — trotz Pap. D. 34, 3, 24 — sehr befremdenden Entscheidung auch nur die geringste Begründung beizufügen? M. E. stammt der Satz, der die A. doli mit den Worten: *quia ex testamento actio competit* ablehnt, erst von den Kompilatoren, und ihnen gehört auch die Zwischenbemerkung: *quocumque tempore eum occiderit*, wodurch nachträglich — im Antwortsatz — der Tatbestand der Frage erweitert wird. Was die Pandekten Ulpian in Abrede stellen lassen, das hat anscheinend der echte Text gerade bejaht, nämlich: *de dolo autem actio* danda est. Damit war auch die Haftung des Täters gegenüber dem Legatsanwärter auf dasselbe Maß zurückgebracht, das sich aus Papinians Entscheidung l. c. ergibt: beschränkt auf den Fall bewußter Vereitelung des Vermächtniserwerbs. Anders urteilt freilich Salkowski a. a. O. 49, 274—76, der Justinianisches und klassisches Recht nicht auseinanderhält. Allein er unterschätzt — wie ich glaube — die Bedeutung des Systems der individualisierten Prozeßmittel, dessen Zersetzung erst in nachklassischer Zeit beginnt. — Die zweite Ulpianstelle (fr. 5 § 3) handelt von einem durch Vermächtnis hinterlassenen Nießbrauch an einem Bauplatze. Hatte schon der Testator die *area* bebaut, so fällt das Legat weg. War aber das Gebäude erst vom Erben errichtet (und wohl nach dem Erbschaftserwerb: Ulp. nennt den Erben *proprietarius*), so entscheiden die Pandekten: *proprietarius ... ex testamento vel de dolo tenebitur*. Seit Stephanus (Suppl. zu Heimb. Bas. von Zachariae p. 102f. — die spätere Literatur bei Salkowski a. a. O. 49, 266, 74) versteht man allgemein die Schlußworte in folgender Weise. Geht die Umwandlung der Baufläche der Bestellung des Nießbrauchs voraus, so haftet der Erbe, der schlechthin für die „eigene Tat" einstehen muß, mit der *A. ex testamento*, während der Bedachte im entgegengesetzten Fall auf die *A. doli* beschränkt ist, weil hier der Erbe seine Verpflichtung als Belasteter schon erfüllt hatte, und auch eine *A. de usu fructu* auf das (durch Umwandlung) bereits erloschene Recht nicht gegründet werden kann. So gedeutet steht unser fr. 5 mit der in dieser Anm. verteidigten Behauptung nicht im Widerspruch, da wir durchaus befugt sind, bei Ulpian ein Damnationslegat des Nießbrauchs vorauszusetzen (so Lenel Pal. 2 Pomp. 462). Allein die herrschende Auslegung, so unvermeidlich sie dem Pandektentext gegenüber sein mag, ist doch nur ein Notbehelf. Hätte Ulpian an die Unterscheidung gedacht, die Stephanus aufstellt, so wäre dieser Gedanke von ihm gewiß auch ausgesprochen; und ebenso sicher ist es, daß die Kompilatoren eine so unentbehrliche Erläuterung nicht unterdrückt hätten. Was sie wegstrichen und streichen mußten, das war eine Bemerkung anderen Inhalts, die, wie ich meine, der echte Text aufwies. Ich vermute nämlich, der Jurist habe zwar die *A. ex testamento* gegen den Erben (der vor der Übergabe baut) zugelassen, jedoch mit dem Zusatz: wenn der Ususfruct *per damnationem* vermacht ist; dagegen sollte nach Ulpian der Bedachte lediglich die *A. de dolo* haben, wenn das

Vermächtnis ein Vindikationslegat war (auch hier baut der Proprietar, ehe der Bedachte den Rechtsbesitz erworben hat). Erst durch die Striche seitens der Byzantiner ist der Schlußsatz rätselhaft, und eine Deutung notwendig geworden, die dem Fragment einen zum Teil sehr unwahrscheinlichen Tatbestand unterlegt. (Auf fr. 6 u. 7 D. 7, 4 von Pomp. u. Jul., die mit dem fr. 5 eng verbunden sind, ist hier nicht einzugehen.) — Das fr. 18 § 2 D. 4, 3 von Paulus *(Si dominus proprietatis insulam, cuius usus fructus legatus erat, incenderit, non est de dolo actio, quoniam aliae ex hoc oriuntur actiones)* ist nur dann in diesem Zusammenhang zu erörtern, wenn der Jurist einen *per vindicationem* vermachten Nießbrauch im Auge hatte. Doch empfiehlt sich diese Annahme schon um deswillen, weil die mehreren *actiones*, die nach Paulus die Dolusklage ausschließen, kaum zu finden wären (auch wohl nicht von dem, der Zachariaes Ansicht in Ztschr. f. R. G. R. A. 21, 224 f. über die *Actio aedium incensarum* teilt), wenn man ein Damnationslegat voraussetzen wollte. Legt man aber ein Vindikationsvermächtnis zugrunde und hält man sich im übrigen an die Regelerscheinung (das tut freilich Salkowski nicht, der a. a. O. 49, 263 den Tatbestand der Stelle in den unwahrscheinlichsten Variationen vorführt und sie alle im Texte des fr. begriffen glaubt), so war es folgender Fall, den Paulus l. c. behandelt. Der Testator hatte ein eigenes Haus dem B zum Nießbrauch vermacht. Der Erbe A oder ein Rechtsnachfolger des Erben im Eigentum der *insula* steckt das vermachte Haus nach dem Erbschaftserwerb (der Text bezeichnet diese Person als *dominus proprietatis*) und vor dem Übergang in den Rechtsbesitz des Usufruktuars absichtlich in Brand. Die Entscheidung lautet: die Dolusklage sei unzulässig, weil andere Aktionen zu Gebote stehen: nämlich eine *A. ad exemplum legis Aquiliae* (Paul. D. 9, 2, 12) und meist auch das *Interdictum quod vi aut clam* (vgl. Pomp. D. 7, 4, 6). Demnach läßt die Paulusstelle, wie sie in den Pandekten lautet, eine Deutung zu, aus der nichts zu folgern ist auf eine *A. ex testamento* beim Vindikationslegat. Indessen bietet auch unser fr. 18 § 2 schwerlich durchaus den klassischen Urtext. In dem Begründungssatze sind die Worte *ex hoc* (vgl. freilich Paul. sent. 3, 6, 16: *ex eo*), die auf die Brandstiftung hinweisen, nicht unverdächtig. Dies führt zur Vermutung, daß Paulus bei der Beurteilung des Falles wenigstens die beiden Hauptarten der Legate unterschied, und daß er hiernach die Dolusklage ausdrücklich für ausgeschlossen erklärte, sowohl im Fall des vindikations- wie des damnationsweise vermachten Nießbrauchs. Hinzufügen mochte er noch eine Aufzählung der verschiedenen Aktionen, die dem Bedachten hier und dort zustehen. Die Kompilatoren aber konnten und mußten diese Ausführung kürzen. Das Ergebnis faßten sie zusammen in den letzten 6 Worten des § 2, von denen vielleicht keines aus der Schrift des Paulus stammt. — Die bisher besprochenen Zeugnisse dürften noch die besten Stützen sein für die vermeintlich klassische Lehre vom „allgemeinen obligatorischen Legatsanspruch", genauer: für die überall konkurrierende und für die

subsidiäre A. ex testamento. Andere Belege, die man daneben häufig anführt, sind durch die quellenkritischen Arbeiten der jüngsten Zeit so sehr entwertet, daß es genügen wird, auf jene Untersuchungen hier aufmerksam zu machen. Sehr bekannt ist die in den D. 44, 7, 5, 2 dem Gaius zugeschriebene und fast mit denselben Worten in den I. 3, 27, 5 wiederkehrende Einordnung der Verpflichtung des *heres qui legatum debet* unter die Fälle der *obligationes quasi ex contractu*. Ausdrücklich verneint zwar das fr. 5 § 2 nur die Ableitung der Schuld des Erben aus einem *contractus* oder einem *maleficium;* doch läßt der Zusammenhang mit fr. 5 § 1 und die Überschrift des Institutionentitels keinen Zweifel darüber, unter welche Rubrik wir die fragliche Obligation stellen sollen. Indessen ist jetzt (1903) die terminologische Mißgeburt des Quasikontraktes samt der törichten Begründung, die sie begleitet, durch die Bemühungen von S. Perozzi (Le obligazioni romane 149 in der Anm., dazu p. 47 ff. 145 und Perozzi Istituzioni 2 [1908] p. 13 f.; zustimmend Mitteis, Privatrecht 1, 86, 38) wohl endgültig aus der Theorie der Klassiker entfernt. Der echte Wortlaut der Gaiusstelle (aus Buch 3 der *res cottidianae*) ist heute natürlich nicht zu ermitteln; mit großer Wahrscheinlichkeit aber kann man behaupten, daß sich die Bemerkung des Juristen nur auf das Damnationslegat (und dessen Abart: das Legat *sin. modo*) bezog. Dafür ist sogar etwas wie eine äußere Bestätigung — freilich eine unsichere — vorhanden: in der griechischen Paraphrase zu I. 3, 27, 5. Theophilus spricht hier nämlich von der *A. ex testamento,* die zustehe, wenn der Erblasser ein *πρᾶγμα ἀλλότριον* (nur dieser Fall ist genannt) vermacht hat. War bei Gaius das Vermächtnis fremder Sachen als Beispiel eines *per damnationem* hinterlassenen oder nach dem Neronianum zu behandelnden Legats angeführt, so würde man begreifen, was den Griechen, dem der echte Gaius (oder eine griechische Bearbeitung) noch vorlag, verleitet hat zu der irreführenden Darstellung in der Paraphrase. — Auf grobe Verfälschung eines klassischen Textes wird derzeit allgemein der Inhalt von Dig. 12, 1, 9 pr. — § 3 zurückgeführt. Wenn im § 1 des fr. 9 unter anderem gesagt ist: *Competit haec actio* (d. h. *certi condictio*) *etiam ex legati causa*, so hat Ulpians Ediktswerk diesen Ausspruch gewiß nicht geliefert. Was die angeführten Worte als Bestandteil des kaiserlichen Gesetzbuchs bedeuten sollen, darüber sind wir erst neuerdings durch eine Abhandlung von Mitteis (Jherings Jahrb. 39 [1898], 153 ff.) völlig aufgeklärt. Nach Feststellung der Interpolation war noch zu ermitteln, ob sich Justinians Reform auf die *condictio* als Anspruch bezieht (der einen bestimmten Tatbestand verlangt, aus dem die Forderung hervorgeht) oder auf die *condictio* als Prozeßform (für Forderungen). Wir wissen jetzt: die von den Byzantinern verfertigte l. 9 D. 12, 1 ist geradeso ein reines Prozeßgesetz wie die Lex Silia und L. Calpurnia bei Gai. 4, 18 f. (s. Wlassak, Prozeßgesetze II, 2, 3). Von Mitteis ist dargetan, daß die Kompilatoren in unserem fr. für Forderungen aller Art einen Prozeß mit bestimmtem Klagebegehren

Ebenso verkehrt wäre es, einen vor dem Erbschaftserwerb für den jetzigen Erben entstandenen Noxalanspruch, der am vermachten Sklaven haftet, untergehen zu lassen[1]), weil der Bedachte erst auf dem Umweg durch das Vermögen des Erben Eigentümer geworden ist.[2]) Sabinus und seine Anhänger hätten solche Folgerungen aus ihrer Lehre sicherlich abgelehnt unter Hinweis auf den *statim* für den Legatar eintretenden Erwerb: denn hierdurch sei dem Zwischeneigentum des Erben das Daseinsrecht oder mindestens jede praktische Bedeutung entzogen. Daß wir aber unbedenklich die Überlieferung so ergänzen dürfen, wie es soeben versucht ist, dafür bürgt uns ein Ausspruch des Sabinianers Gaius (l. 2 de leg. ad edict. pr.) in den Dig. 30, 69 pr.:

Servo[3]) *legato legari posse receptum est, quod adita hereditate statim servus adquiritur legatario, deinde sequetur legatum.*

---

zulassen, auch dort, wo nach klassischem Recht nur eine Prozeßformel mit Intentio *incerta* statthaft war. Demnach kann Justinians allgemeiner obligatorischer Legatsanspruch durch den oben abgedruckten Satz weder eingeführt, noch kann für ihn ein neuer Klagegrund (neben dem alten) anerkannt sein. Dagegen setzt fr. 9 § 1 allerdings jenen Anspruch als bestehend voraus, da die Worte *ex legati causa* ohne Zweifel sämtliche Vermächtnisse befassen wollen.

[1]) Die Fortdauer des Anspruchs bezeugen Neraz D. 47, 2, 65 (64), Jul. D. 9, 4, 40, und für den nahverwandten Fall des freigelassenen Sklaven Pomp. D. 47, 2, 44, 2. — [2]) Daß der Noxalanspruch (nach der herrschend gewordenen Ansicht der Sabinianer) endgültig erlischt, sobald der Verletzte das Eigentum des mit der Deliktsschuld behafteten Sklaven erworben hat, das lehren u. a. Gai. 4, 78 (dazu Neraz D. 47, 2, 65 und I. 4, 8, 6), Gai. D. 9, 4, 20, Thryph. D. 9, 4, 37. Wie der Fall des *servus cum redhibeatur* anders behandelt wurde als der des Sklaven, der *per vind.* vermacht ist, das zeigt Ulp. D. 47, 2, 17, 2: *Cum servus .. a me redhibeatur, non est in ea causa, ut perinde habeatur, atque si meus numquam fuisset, sed et fuit et desiit. idcirco dicit Sabinus eum, si furtum fecit, in ea esse causa, ut furti eius nomine is qui redhibuit agere non possit....* — [3]) Lenel, Pal. 1, 183, 3 will hier einfügen: *per vindicationem.* Und Gaius handelt auch sicher von einem Verfügungsvermächtnis (unrichtig Ferrini, Legati 393 f.). Doch wird man es bezweifeln dürfen, ob die Klassiker den Zusatz überall für erforderlich hielten, wo sie vom Vindikationslegat sprachen. (Aus den Vat. Fr. *de usu fructu* ist schwer ein Ergebnis zu gewinnen.) Wenn das dingliche Vermächtnis ursprünglich das einzige war, oder wenn

Wollte man hier dem vermutlichen Willen des Testators Geltung verschaffen und das dem vermachten Stichus mitgegebene Legat in die Hand dessen bringen, dem der Sklave zugedacht war, so mußte der Anfall des zweiten Vermächtnisses (der Regel zuwider) hinausgeschoben[1]) und derart bestimmt werden, daß er dem Antritt der Erbschaft alsbald nachfolgt. Doch war auch so noch das zweite Legat der Gefahr ausgesetzt, beim Erben zurückzubleiben, wenn man diesen als den nächsten Eigentümer des Stichus nach dem Erblasser ansah und darauf bestand, das Zwischenrecht ernst zu nehmen. Dagegen nun wendet sich Gaius mit der Bemerkung: die Verfügung des Testators sei durchaus wirksam, denn der vermachte Sklave werde *adita hereditate* „sofort" dem Legatar erworben.

Vollzieht sich nach Sabinischer Lehre der Übergang des Eigentums von selbst, ohne Rücksicht auf die Willensmeinung des Bedachten, so soll doch dessen Widerspruch den vollendeten Erwerb wieder aufheben, u. z. mit rückwirkender Kraft. Ob dieses Entschlagungsrecht an eine Frist gebunden war, und ob es verloren ging durch eine Handlung des Bedachten, die auf das Behaltenwollen schließen läßt, darüber sind wir nicht genügend unterrichtet. Eine Bestimmung, ähnlich der für den Hauserben geltenden, der

---

es in alter Zeit auch nur allein den Namen *legatum* führte, so liegt die Vermutung nahe, daß noch die Juristen der Kaiserzeit den Ausdruck *legare* im Zweifel vom Vermächtnis *per vindicationem* verstanden. Lenel, Pal. 2, 1203, 1 will auch bei Valens D. 35, 1, 87. 89 zweimal den beschränkenden Zusatz einschieben; wie ich glaube, gegen die Wahrscheinlichkeit. Man lese nur den Satz: *quod heres pure dare iussus est quodve pure legatum est* und ferner: *quod si pure legatum ex continenti heres sub condicione damnatus aut rogatus est dare,* . . ! Hier ist eine Verdeutlichung gewiß unnötig; ebenso wie in den Wiederholungsformeln bei Ulp. D. 30, 32 pr.

[1]) Vgl. Jul. 522 D. 36, 2, 17, Ulp. 2605 D. 36, 2, 7, 6, Steinlechner, Schwebendes Erbrecht 2, 198 ff. Unverständlich sind mir die Bedenken dieses Gelehrten, ob unser fr. 69 pr. D. 30 wirklich zu beschränken sei auf den Fall des dem Sklaven vom eigenen Herrn hinterlassenen Legats. Schon die drei letzten Worte des fr. zwingen zu dieser Deutung. Das zweite *legatum* stammt offenbar aus demselben Nachlaß, von dem unmittelbar vorher die Rede ist; nicht etwa aus dem Vermögen eines dritten Testators, der den Herrn des Sklaven überlebt.

durch Einmischung das Recht der Abstinenz einbüßt, wird man als Schranke für die Willkür des Legatars gewiß passend finden. Doch ist es unstatthaft, eine solche Regel mit Hilfe des fr. 59 D. 31 als gültig zu erweisen[1]), da der Verfasser dieser Stelle — Terentius Clemens — keinesfalls auf dem Boden der alten Sabinuslehre steht.[2]) Und derselbe Einwand wäre auch gegen andere Äußerungen von Juristen der späteren Zeit zu erheben, die man vielleicht noch heranziehen möchte.

Auf eine Frist, die den Legatar einschränkt, wenn er ausschlagen will, stoßen wir erst bei einem Schriftsteller, der das Dogma seiner Schule nicht mehr festhält: bei Julian.[3]) Doch ist es allerdings wahrscheinlich, daß dieser Neuerer die zeitliche Grenze für die Ablehnung dem alten System entnommen hat, das von ihm umgebildet ist.

Übrigens mag man darüber welche Meinung immer haben, im unklaren bleiben wir nur über gewisse Nebenpunkte, während die Grundlinien der von Sabinus ausgehenden Theorie durchaus feststehen. Dabei ist zweierlei für uns von besonderer Wichtigkeit. Einmal die rechtliche Unmöglichkeit einer Annahme des Legats, einer Erwerbs-

---

[1]) Wie es Brinz, Pandekten² 3, 414, 47 versucht. — Jul. 442 D. 28, 7, 13 ist erst später (im Abschnitt VI) zu besprechen. — [2]) Enthält vielleicht Gaius (lib. XIV ad leg. Iuliam et Papiam) D. 31, 58 einen Beleg für die obige Regel? Wer von der vermachten Sache einen Teil angenommen hat *(ex parte voluerit suam esse)*, erwirbt sie notwendig ganz. Das ist der Inhalt der Stelle. Die „Annahme" wäre umzudeuten als Verzicht auf die Ablehnung, und dieser Verzicht wäre nach Gaius bindend. Allein, wie mochte denn ein richtiger Anhänger des Sabinus ohne weiteres von der Erwerbserklärung des Legatars und von der daran geknüpften Folge reden? M. E. ist das nahezu ausgeschlossen. Daher werden wir fr. 58 cit. ohne Künstelei und genau so verstehen müssen, wie es lautet. Gaius vertritt also in dem für die Praxis bestimmten Kommentar zu den Ehegesetzen nicht die Sabinianische Schulansicht, sondern gemäß seiner Ankündigung im Lehrbuch (2, 195 in f.) die Anschauung des Proculus, die, wie er meint, durch kaiserliche Entscheidung zur Herrschaft gelangt ist. (Die 15 Bücher *ad legem Iuliam* sind, wie D. 31, 56 zeigt [dazu Fitting, Alter d. Schriften² 56], entweder gleichen Alters oder etwas jünger als die Institutionen.) — [3]) In den D. 46, 3, 13. Dieses Zeugnis ist weiter unten (im Abschnitt V) genauer zu würdigen.

erklärung, einer Aneignungshandlung. Wo Ausdrücke in den Quellen begegnen, welche dem Bedachten eine Tätigkeit zuschreiben, die auf den Eigentumsgewinn abzielt, wird es richtiger sein, den Juristen, der so spricht, von den strenggläubigen Sabinianern zu scheiden.

Sodann ein Zweites: das dingliche Recht, das für den Legatar im Augenblick des Erbschaftsantritts entsteht und so geordnet ist, als wäre es überall einer Wiederaufhebung nicht unterworfen. *Post aditam hereditatem* hat der Bedachte nach Sabinus keineswegs nur ein ins Ungewisse gestelltes Recht, — auch nicht in der nächsten Zeit bis zum Ablauf irgendeiner Frist — vielmehr sofort *(statim)* entschiedenes Eigentum mit allen ihm sonst zukommenden Wirkungen. So oft Gaius (2, 194. 195. 204. 213. Dig. 30, 69 pr.) die Frage des Erwerbes berührt, nirgends liest man ein Wort, das hindeuten würde auf einen Zustand der Pendenz. Überall heißt es ohne weiteres: *statim ex iure Quiritium res legatarii fit (efficitur)* oder *continuo legatario adquiritur,* und einmal (2, 194) ist dem Bedachten auf Grund eben dieses Eigentums auch die gerichtliche *vindicatio* zugesprochen.[1])

Dieselbe Anschauung, wie sie Gaius vertritt, läßt sich bei Pomponius nachweisen, im 32. Buch ad Sab. D. 8, 6, 19, 1.

Dem A. *(tibi)* ist für ein eigenes Grundstück ein Fahrwegrecht durch Verfügungsvermächtnis hinterlassen. Die Erbschaft ist erworben, der Bedachte aber weiß nichts vom Legat. Trotzdem bedroht ihn die Gefahr, das Wegerecht, das ihm bereits zusteht, durch Nichtgebrauch während zweier Jahre zu verlieren: *amittes viam non utendo.* Hat er aber vorher, immer noch in Unkenntnis des Legats, das Grundstück veräußert, mit dem die Servitut verbunden ist, *ad emptorem via pertinebit, si reliquo tempore ea usus fuerit, quia scilicet tua esse coeperat.* Den Schluß macht die Bemerkung: A könne nach der Veräußerung das vermachte Recht nicht ausschlagen. Sehr begreiflich, da ihm jetzt wie das Grundstück so auch die Servitut nicht mehr gehört.

---

[1]) Gaius will mit dieser Bemerkung den Namen *legatum per vindicationem* erklären. Wie ich zu erweisen hoffe, sehr zu Unrecht. Allein die Behauptung des Juristen 2, 194 in f. bleibt trotzdem unantastbar.



Die Frage, ob sich Pomponius das Recht des Bedachten als ein zunächst (bis zur Annahme? bis zum Ablauf einer Frist?) ungewisses gedacht habe, darf wohl ohne Zögern verneint werden. Der Jurist hätte die *via* nicht glattweg als ein dem unwissenden A zustehendes Recht bezeichnen können, wenn seiner Meinung nach das Sein oder Nichtsein der Servitut noch unentschieden wäre.

Um aber den Lehrsatz recht zu würdigen, der sich an die Namen: Sabinus und Cassius knüpft, und dem noch Pomponius und Gaius — mindestens in ihren älteren Schriften — anhängen, wird man achten müssen auf das Verhalten der Legatare, das durch die Erfahrung als das regelmäßige bezeugt ist. Darnach sind Ablehnungen von Vermächtnissen ohne Zweifel ein ziemlich seltenes Vorkommnis. Daher ist es wie unnötig so auch wenig zweckmäßig, aus der möglichen, aber unwahrscheinlichen, Zurückweisung des Erwerbs eine Ordnung abzuleiten, die fürs erste das Eigentum der vermachten Sache zwischen dem Legatar und dem Erben in der Schwebe hält. Während solch ein Zustand dauert, ist die Frage, wem die Sache gehöre, in keiner Weise, selbst nicht vorläufig geregelt; und demnach ist in so lang beiden Anwärtern auch jede Rechtsverfolgung versagt, welche auf die Behauptung vorhandenen Eigentums zu gründen wäre.[1]) Dagegen vermeidet die von Sabinus vorgeschlagene Ordnung nicht bloß den eben erwähnten Nachteil; sie hat noch überdies den Vorzug, schon die Gegenwart einstweilen so zu gestalten, wie aller Voraussicht nach auch die Zukunft sein wird.

Demgemäß weist Sabinus dem Legatar, der ja vermutlich der Herr der Sache bleiben wird, sofort nach dem Erbschaftserwerb sicheres Eigentum zu, nur mit dem Vorbehalt, daß im Fall der Ablehnung das erworbene Recht nach rückwärts[2])

---

[1]) Vgl. Wächter, Das schwebende Eigentum (1871) 5f. 8—10, Mitteis, Stellvertretung 252, Enneccerus, Rechtsgeschäft 232ff. 249ff., Steinlechner, Erbrecht 2, 16—19. Der Ausschluß von der Actio als Folge der Pendenz, die oben der Text schildert, ist am besten aus Paul. D. 21, 1, 43, 10 *(. . . pendet, cui sit adquisitum et ideo neutri eorum redhibitoria competit)* und Ulp. D. 7, 1, 12, 5 in f. *(condictionem pendere)* zu ersehen. — [2]) Wie das zu verstehen ist, darüber s. Enneccerus a. a. O. 238. Die Verweisung soll gegen den Vorwurf schützen, „die Vergangenheit auf den Kopf stellen" zu wollen.

aufgehoben werden soll. Und diesen Vorbehalt möchte man auch für ausreichend halten, die Interessen beider Parteien, des Bedachten wie des Erben, wirksam zu wahren. Ein ausgeschlagenes Legat wurde nämlich, wie Gaius (2, 195) und Pomponius[1]) übereinstimmend berichten, so behandelt, als wäre es gar nicht errichtet.[2]) Aus diesem Satze leitet Pomponius l. c. selbst die Folgerung ab, daß eine Servitutenkonfusion, die durch den Erwerb des vermachten Grundstücks bewirkt war, als nicht eingetreten gelte, und daß eine Actio *furti,* die für den Legatar aus einem, vom vermachten Sklaven früher verübten Delikt entstanden war, nicht als erloschen anzusehen sei. Damit ist aber die Tragweite der aufgestellten Regel gewiß nicht erschöpft. Maßgebend mußte sie insbesondere noch sein für das Schicksal der Früchte und allgemeiner des Gewinns, der sich aus der vermachten Sache ergeben hatte, während diese im Eigentum des Bedachten war. Nach der Ablehnung konnte solcher Zuwachs dem Legatar nicht verbleiben; vielmehr gebührte er offenbar dem Erben.

Viel zweifelhafter ist es, ob die Regel des Sabinus auch benutzt wurde, um die Entkräftung von Verfügungen zu begründen, die der Bedachte in der Zeit seiner Berechtigung getroffen hatte.[3]) Wie oben schon bemerkt ist, war ein gültiges Ausschlagen kaum noch zulässig, wenn der Legatar vorher eine Handlung gesetzt hatte, die als Bestätigung des ohne sein Zutun erfolgten Erwerbs gelten konnte.

---

[1]) D. 30, 38, 1: *Si legatum nobis relictum constituerimus nolle ad nos pertinere, pro eo erit, quasi nec legatum quidem sit.* Die Stelle stammt wie das oben benutzte fr. 19 § 1 aus dem Werke *ad Sabinum;* dieses aus dem 32., jene aus dem 6. Buche. Richtige Bemerkungen über fr. 38 § 1 cit., zur Abwehr von Koeppen, bei Arndts in Glücks Pand. 48, 295—97. — [2]) Auch Marcellus (D. 9, 2, 36 pr.) beschreibt die Rechtsfolge, die *repudiante legatario* eintritt, fast mit denselben Worten: *perinde ac si* (Stichus) *legatus non esset.* Doch steht dieser Jurist in der Frage des Legatserwerbs nicht auf seiten des Sabinus. — [3]) Die Entkräftung auf Grund einer rückwirkenden Tatsache hätte durchgreifender sein müssen, als die Aufhebung ist, die beim bedingten Geschäfte die Verfügungen des Zwischeneigentümers (ex nunc) trifft, wenn die Bedingung erfüllt wurde. Gegen die Annahme einer Rückwirkung in diesem letzteren Falle jetzt auch Mitteis, Privatrecht 1, 172 ff.

III.

Die neue Lehre Julians. — Dig. 30, 86, 2 — Eigentum und Fruchtrecht des Legatars

Das Ansehen der im vorstehenden beschriebenen Lehre war, wie es scheint, schon unter Kaiser Pius [1]) ernstlich bedroht, zu einer Zeit also, in der Gaius den Lesern seiner Institutionen den Streit der Schulen noch in der hergebrachten Weise erzählte, genau so, wie er es in der alten Vorlage [2]), die er benutzt, gelesen hatte. Zu Fall gebracht ist aber das System des Sabinus nicht, wie Koeppen [3]) und andere — nach einer Andeutung von Gaius — meinen, durch die Proculianer, sondern durch den glänzendsten Juristen der Hadrianischen Zeit, den wir, Pomponius folgend, zu den Sabinianern zählen: durch Salvius Julianus. Ob der Überwinder der alten Schulmeinung auch selbst der Urheber der neuen ist, das läßt sich freilich nicht bestimmt behaupten. Doch ist die Bejahung sehr wahrscheinlich, da im Lager der Sabinianer vor Julian keiner als Widersacher des Schulgründers nachzuweisen ist, auch nicht Javolenus Priscus. [4])

Über die Hauptpunkte der neuen Lehre gewähren Justinians Pandekten genügende Auskunft, obgleich wir nicht an-

[1]) Dabei ist freilich vorausgesetzt, daß die Veröffentlichung der einzelnen Digestenbücher nicht erheblich später erfolgte als die Abfassung. — [2]) Auf die „alte Vorlage“ habe ich schon in den Prozeßgesetzen 1, 134 u. 2, 225, 10 hingewiesen. Schriftsteller, die sich ähnlich äußern, verzeichnet (1903) Jörs in Pauly-Wissowa, R. E. V 1449 f. (dazu jetzt [1908] noch Kübler „Gaius“ bei Pauly-Wissowa) und fügt aus Eigenem eine neue, treffende Begründung hinzu, indem er aufmerksam macht auf die Verschiedenheit der Juristenzitate in den Institutionen einerseits, in den übrigen Gaianischen Werken anderseits. Auch gerade die auffallende Vernachlässigung Julians (er ist nur zweimal genannt) hebt Jörs besonders hervor. Fitting, Alter der Schriften [2] 57 f. anerkennt zwar das sehr „Befremdliche“ dieser Erscheinung, enthält sich aber einer Deutung. — [3]) Zuletzt hat sich Koeppen darüber im Lehrb. des Erbrechts (1895) 735 f., 4 ausgesprochen. — [4]) Wie der Lehrer Julians über den Erwerb beim Vindikationslegat dachte, das ist am ehesten aus einigen Fragmenten der *Epistulae* zu erschließen: D. 7, 1, 54, D. 31, 40, D. 35, 1, 55. Zugrunde liegt die Auffassung des Sabinus. Wenig brauchbar für den gedachten Zweck sind aus den *libri ex Cassio:* D. 31, 38, D. 33, 5, 14, D. 35, 1, 54, 1.

nehmen dürfen, die Stelle aus Julians Digesten[1]) oder ein Stück davon zu besitzen, wo der Jurist zum erstenmal seinen Standpunkt näher bezeichnete, und wo er vielleicht, um deutlicher zu sein, die Ansicht des Sabinus ebenso verwarf wie die des Proculus. Auch über die Erwägungen, die den Abfall[2]) vom System der eigenen Schule herbeiführten, ist in den Quellen nirgends eine Bemerkung zu finden. Soll diese Lücke ohne große Willkür ausgefüllt werden, so kann dies nur geschehen auf Grund einer genauen Vergleichung der alt- und der jungsabinianischen Anschauung.

Das klarste Zeugnis für Julians Lehre enthält ein sehr bekanntes Fragment (489 L.) aus dem 34. Buche seiner Digesten, 30, 86, 2:

> *Cum servus legatur, et ipsius servi status et omnium, quae personam eius attingunt, in suspenso est. nam si legatarius reppulerit a se legatum, numquam eius fuisse videbitur: si non reppulerit, ex die aditae hereditatis eius intellegetur. secundum hanc regulam et de iure eorum, quae per traditionem* (Jul.: *mancipio*[3]) *servus acceperit aut stipulatus fuerit, deque his, quae legata ei vel donata fuerunt, statuetur, ut vel heredis vel legatarii servus singula gessisse existimetur.*

Die Echtheit dieses Textes ist nicht ganz unbestritten. Ferrini[4]) erklärt die Worte: *ex die aditae hereditatis* für

---

[1]) Ihren Platz hatte sie wohl im 32. Buche, das, wie Lenel, Pal. 1, 398 ff. zeigt, vom Vindikationslegat handelt, während das 33. Buch der Erbendamnation gewidmet ist. In den Fragmenten des 34. Buchs, aus dem die wichtige Stelle der Dig. 30, 86 stammt, sind nebeneinander Fälle des Vindikations- und des Damnationslegats besprochen; vgl. Lenel a. a. O. 1, 406, 2. — Geschrieben sind die Bücher 32—34 vermutlich in den ersten Jahren des Kaisers Pius. Denn das 27. Buch fällt noch in die Regierungszeit Hadrians, das 90. (letzte) vielleicht noch unter Pius; vgl. Fitting, Alter[2] 26—29, aber auch oben S. 236 A. 1. — [2]) Beispiele für die Selbständigkeit Julians gegenüber Sabinus und Cassius bei Buhl, Salvius Julianus 1, 36 f.; dazu Fitting, Alter[2] 30. — [3]) So Arndts in Glücks Pandekten 48, 294, 76, Gradenwitz, Ztschr. f. R. G. R. A. 19, 59. — [4]) Legati 393. Seine Ansicht über den *dies cedens* beim klassischen Vindikationsvermächtnis entwickelt Ferrini p. 388—395. — Seckels Verdächtigung des fr. 86, 2 cit. ist schon oben S. 222 A. 2 erwähnt.

interpoliert und will sie ersetzen durch: *ex die apertarum tabularum.* So haltlos diese Behauptung ist, so darf sie doch nicht unbeachtet bleiben, weil sie durch Paul Krüger Eingang gefunden hat in die 11. Auflage (1908) von Mommsens Pandekten und infolgedessen leicht übermäßigen Eindruck machen könnte.

Lesen wir unseren Text so, wie es Ferrini will, so würde der Jurist das dem Legatar *(si non reppulerit)* endgültig erworbene Eigentum vom Tage der Testamentseröffnung datieren; und gleichzeitig müßte die Hereditas, die noch fortbesteht bis der Erbe eintritt, das Eigentum der legierten Sache verlieren. Nach den Worten Julians wäre dann der genannte Zeitpunkt im Fall des *non repellere* auch maßgebend für die Verteilung des durch den vermachten Sklaven vermittelten Erwerbs und wohl ebenso bei anderen Sachen für die Verteilung der Früchte.

Aus verlässigen Quellen [1]) war bisher nur die éine Bestimmung der Lex Papia Poppaea bekannt, daß, im Widerspruch mit dem alten Recht, der Tag der Testamentseröffnung zugleich als Anfallstag *(dies cedens)* der unbedingten Legate gelten soll.[2]) Wer aber, wie Ferrini, den Bedachten beim Vindikationsvermächtnis schon mit dem *dies cedens* eine Art [3])

[1]) Ulp. 24, 31 u. 17, 1. Paul. 3, 6, 7. Just. C. 6, 51, 1, 1 c. Daß die zur Erbschaft Berufenen nach Papischem Rechte vor der Testamentseröffnung nicht antreten konnten, zeigt sehr schön Bachofen, Ausgewählte Lehren 366 ff.; dazu Jörs, Verh. der L. Julia zur L. Papia 47, der diese Regel auf das etwas ältere Julische Erbsteuergesetz zurückführt. — [2]) Ob die Lex Papia bei unbedingten Legaten das alte Recht des *dies cedens* ganz durchgreifend beseitigt hat, das wäre noch zu untersuchen. Ulp. 24, 31 schließt die Annahme einer beschränkten Geltung des *antiquum ius* nicht schlechthin aus. Wer aber von der Papischen Regel keine Ausnahme zuläßt, wird eine beträchtliche Zahl von Pandektenstellen für unecht erklären müssen: nicht bloß Ulp. 2603 f. D. 36, 2, 5, 1 u. 7, sondern z. B. auch Ulp. 2645 D. 36, 2, 12, 3, ferner Gai. D. 30, 68, 1, endlich mehrere Fragmente, die von der Catoniana handeln, wie Jul. D. 36, 2, 17, Pap. 242 D. 34, 7, 3, Paul. D. 34, 7, 2. — [3]) Ferrini, Legati 389. 395; Rivista ital. per le scienze giur. 12, 170 spricht von einem *dominio virtuale* und *dominio potenziale.* Ein schwer faßbarer Begriff! Verbindet man mit dem „potentiellen" Eigentum nur die Wirkungen, welche, den Quellen gemäß, der *dies cedens* hat, so mag der Ausdruck unschädlich sein; doch wäre er freilich auch ebenso unergiebig.

Eigentum gewinnen läßt[1]), der muß allerdings für die klassische Epoche den dinglichen Rechtserwerb mit der Testamentseröffnung[2]) verknüpfen. Demnach kann es sich nur fragen, ob denn der Vordersatz richtig sei, der uns nötigt, auf eine Verfälschung der Julianstelle zu schließen?

Cont. Ferrini wußte in den Quellen zu gut Bescheid, um die Hindernisse nicht zu sehen, die seinen Vorschlag gefährden. Daher führt er selbst mehrere Äußerungen von klassischen Juristen an, die übereinstimmend den Eigentumserwerb des Legatars in den Zeitpunkt des Antritts der Erbschaft setzen. Wie oft und wie unzweideutig Gaius eben diesen Satz ausspricht, u. z. in den echten Institutionen ebenso wie in den Pandekten, daran ist nur nochmals zu erinnern.[3]) Verlangt man aber einen Zeugen, der sich nachweislich zu der Julianschen Lehre des fr. 86 § 2 cit. bekennt, so ist Ulpian aufzurufen, der in den Dig. 30, 44, 2 genau das behauptet, was Ferrini abweist, nämlich: *ubi legatarius non repudiavit,* ⟨res⟩ *retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est.* Und fast ebenso ungünstig für die Annahme eines Tribonianismus bei Julian ist die bekannte Papinianstelle in den D. 31, 80, deren Schlußworte *(numquam factum heredis)* etwas allzu Selbstverständliches aussprächen, wenn der Legatar schon im Zeitpunkt der Testamentseröffnung Eigentümer würde, während der berufene Erbe erst nach diesem Akte zum Antritt zugelassen war.

Endlich zeugt auch Julian selbst für die Echtheit des fr. 86, 2 in den D. 36, 2, 17. Denn der Sonderregel[4]), die

[1]) Ältere Vertreter dieser Ansicht nennt Arndts bei Glück 48, 199, 2 u. 247, 100 u. 266, 39. Dagegen Enneccerus a. a. O. 436 f. — [2]) Wie Ferrini (Legati 388 ff.) das potentielle Eigentum des Legatars an den *dies cedens* anknüpfen und dann wieder behaupten konnte (S. 390. 392. 395), — u. z. auch für das klassische Recht — es entstehe am Todestage des Erblassers, das weiß ich nicht zu erklären. Das Papische Gesetz (Ulp. 24, 31) ist ihm natürlich nicht entgangen: er bespricht es auf S. 379 f.; und auf S. 393 legt er es seiner Herstellung des vermeintlich echten Juliantextes zugrunde. Den in der Anm. 2 auf S. 238 angedeuteten Zweifel finde ich in dem Werke von Ferrini nicht. — [3]) S. oben S. 223. 230 f. 233. Auch Pomp. D. 8, 6, 19, 1 (oben S. 233 f.) gehört hierher *(... adita mea hereditate ...).* — [4]) Als Ausnahme ist der Satz Julians im fr. 17 cit. deutlich gekennzeichnet von Ulp. D. 36, 2, 7 pr. § 6.

für das Legat, das einem vermachten Sklaven mitgegeben ist, als dies cedens das *tempus aditae hereditatis* bestimmt, liegt offenbar die Erwägung zugrunde, daß der freie Legatar erst in diesem Augenblick Eigentum am Sklaven gewinnt, und daher der Anfall des zweiten Legats vor diesem Zeitpunkt verhindert werden muß, da sonst — gegen die Absicht des Testators — der Erbe dasjenige erhielte, was dem Sklaven als Legat mitgegeben ist.[1]) Diese Gefahr aber hätte nicht erst beseitigt werden müssen, wenn die hier bekämpfte Behauptung das Richtige träfe, da ihr zufolge der Legatar ohnedies mit seinem Eigentumserwerb dem Erben zuvorkommen würde.

Was Ferrini vorbringt, um das Gewicht der römischen Überlieferung, wo sie ihm entgegensteht, zu vermindern, das mag jeder, der genauer prüfen will, selbst nachlesen. Nach meinem Ermessen sind die ausweichenden Deutungen (auf p. 388—91. 393—95)[2]), die unsere Zweifel beschwichtigen sollen, recht unzulänglich.[3]) Und wären sie auch besser geraten, so verliert doch die ganze Ausführung über den dies cedens beim Verfügungslegat schon deshalb alle Glaubwürdigkeit, weil sie ein so entscheidendes Zeugnis wie Ulpians fr. 44 § 1 D. de leg. I mit Stillschweigen übergeht.[4]) Wer diese letztere Stelle neben Julians fr. 86, 2 hält, sieht sofort, daß er nur die Wahl hat, beide Texte für gut klassisch oder beide für interpoliert zu erklären. Hätte

---

[1]) S. auch die Bemerkungen oben S. 230f. zu Gai. D. 30, 69 pr. — [2]) Zutreffend ist die Kritik, die Ferrini S. 391f. an dem Texte von Gord. C. I. 6, 47, 4 übt. Der Erlaß bezieht sich nur auf obligatorische Vermächtnisse, und der Schlußsatz: sive *in rem . . . agatur* ist mit Rücksicht auf Justinians Neuerungen im C. 6, 43 von den Kompilatoren beigefügt. Willkürlich aber ist es, aus den Worten des Kaisers: *non ex die mortis* herauszulesen, daß sie die Ausdehnung eines für das Vindikationslegat geltenden Grundsatzes ablehnen wollen. Zur c. 47 cit. vgl. noch Salkowski-Glück, Pand. 49, 487ff. (der sich über den Schlußsatz unsicher äußert) und neuestens Steinlechner, Erbrecht 2, 167ff. — [3]) Ebensowenig bedeutet es, wenn Ferrini a. a. O. 393, um seine Ansicht über den § 2 des fr. 86 cit. zu unterstützen, auf § 1 hinweist, wo von nachträglich eröffneten *codicilli* die Rede ist. — [4]) Ferrini erwähnt die Ulpianstelle erst später (S. 398f.), in anderem Zusammenhang. Obwohl er den Wortlaut anführt, äußert er doch keine Bedenken gegen die Echtheit.

Ferrini diese Vergleichung unternommen, so wäre er dem Zwang nicht entgangen, die Annahme der Fälschung sowohl für Ulpians fr. 44 wie für mehrere andere Pandektenstellen zu begründen, die in seinem Werk noch als echt behandelt sind. Ob er unter diesen Umständen nicht doch zum Entschluß gekommen wäre, die Verdächtigung des fr. 86, 2 lieber zu widerrufen, das bleibt eine offene Frage. Jedenfalls darf man es billig bezweifeln, daß ihm bei den Parallelstellen der Nachweis der Unechtheit leicht hätte gelingen können. Denn die Pandektentexte, die in Betracht kommen, haben alle, so wie sie überliefert sind, im Gaius von Verona eine starke und unanfechtbare Stütze.

Im bisherigen sind nur Zeugnisse erwähnt, die das vermachte dingliche Recht, im Widerspruch mit dem Verfasser der „Legati", nicht vom dies cedens, sondern vom Erbschaftsantritt datieren. Sollte sich aber ein so besonnener Forscher wirklich zu einer Ansicht bekannt haben, die ganz und gar des Anhalts in den Quellen entbehrt?

Einen unmittelbar brauchbaren Beleg hat Ferrini in der Tat weder von seinen Vorgängern übernommen noch selbst aufzufinden vermocht. Doch glaubt er zum Beweis seiner These die Regeln über die Verteilung des Gewinns aus der dinglich vermachten Sache benutzen zu können. Allein auch in diesem Punkte gibt er sich einer merkwürdigen Selbsttäuschung hin. Der ganze Beweisstoff, den er vorführt, besteht aus einem einzigen Ausspruch von Paulus: aus einem Paragraphen der Sentenzen (3, 6, 46), dessen Inhalt überaus zweifelhaft ist. Indem Ferrini diesen § 46 loslöst aus dem Zusammenhang mit dem, was vorhergeht, entnimmt er dem Texte den allgemeinen Satz, daß die Früchte beim Vindikationslegat dem Bedachten schon vom Tode des Testators ab gebühren. Indessen kommt ja dieser Zeitpunkt nach klassischem Rechte für den Anfall der Legate — anders als im *ius antiquum* — nicht[1]) in Betracht. Unser Gegner aber berücksichtigt die im Papischen Gesetz enthaltene Neuordnung des dies cedens erst an der Stelle seines Buches, wo ihm Julians fr. 86, 2 entgegentritt. In der voraufgehenden Er-

[1]) Vgl. aber das oben S. 238 A. 2 Gesagte.

örterung ist immer nur vom Todeszeitpunkt die Rede: an ihn wird sowohl die Entstehung des „potentiellen“ Eigentums wie das Fruchtrecht des Legatars angeknüpft.

Nun ist aber diese letztere Ansicht mit den Quellen ebenso unvereinbar wie die andere, die der üblen Verbesserung der Julianstelle zugrunde liegt. Schon eine Prüfung der von dem italienischen Gelehrten selbst (S. 393—95) beigebrachten klassischen Fragmente zeigt aufs klarste, daß die Juristen für die Auseinandersetzung zwischen Erben und Legataren hinsichts der Früchte[1]) und — was noch weniger bestreitbar ist — betreffs des Gewinnes, der sich aus vermachten Sklaven ergibt, immer den *dies aditae hereditatis* als entscheidend ansahen. Auch hier versucht es Ferrini vergeblich, bald durch abschwächende Auslegung, bald durch Beziehung der Stellen auf Damnationslegate[2]) seine Irrlehre gegen die feindlichen Zeugnisse zu verteidigen. Nur das fr. 86, 2 meinte er wohl mit gelinden Mitteln nicht überwältigen zu können. So griff er bei diesem Hindernis mit raschem Entschluß zur Gewalt, ohne recht zu überlegen, ob der veränderte Text auch nur zu dem eigenen System paßt, das dem Legatar Eigentum schon *ex die mortis* zuschreibt.[3])

Sowenig aber die Rechnung stimmt, wenn wir eine Interpolation annehmen, so leicht ist die Probe zu machen auf die Richtigkeit von Julians Lehre, wenn wir festhalten an dem überlieferten Wortlaut. Fällt nur der Erwerb, der *post aditam hereditatem*[4]) durch den vermachten Sklaven

[1]) Dafür Ulp. Vat. Fr. 44 (D. 30, 120, 2) und das weiter unten S. 244. 245 erörterte fr. 73 pr. D. 35, 2 (Gaius). Gegen Ferrini a. a. O. 391 und Salkowski-Glück 49, 480f., welche (jeder in anderer Weise) die Beweiskraft von Ulpians Worten bestreiten, vgl. Arndts-Glück 48, 344f. und Steinlechner, Erbrecht 2, 169f. — [2]) Zu Ulpian D. 4, 3, 7, 5 vgl. oben S. 226. 227. — [3]) Der Widerspruch in Ferrinis Darstellung verschwindet nicht, wenn darauf hingewiesen wird, daß im Todeszeitpunkt nur „potentielles“ Eigentum entstehen soll (oben S. 238 A. 3), während der verbesserte Juliantext dem Legatar *ex die apertarum tabularum* wirkliches Eigentum zuschreibt. Denn nach Ferrini (a. a. O. 389. 390. 395) erlangt das dingliche Recht des Legatars seine Vollreife nicht — wie man vermuten möchte — mit der Testamentseröffnung, sondern mit dem Erbschaftsantritt. — [4]) In Justinians Digesten steht zuweilen *adire hereditatem*, wo die Juristen *cernere her.* geschrieben hatten. Allein in den weitaus meisten Pandektenstellen muß die *aditio*

erzielt ist, an den Eigentumslegatar, so muß alles, was vorher durch Vermittlung dieses Sklaven gewonnen wurde, im Nachlaß bleiben und mit diesem an den Erben gelangen. Ebendiesen Grundsatz aber verkünden die Pandekten wiederholt in unverdächtigten Stellen. So Javolen l. 2 ex Cassio D. 31, 38:

Quod servus legatus ante aditam hereditatem adquisiit, hereditati adquirit,

Ulpian l. 18 ad edictum D. 9, 2, 15 pr.:

... si ante aditam hereditatem occidatur legatus servus, apud heredem remaneat Aquiliae actio per hereditatem adquisita ...[1])

---

gewiß als echt gelten: überall nämlich, wo sie allgemein den durch eine Handlung des Berufenen vermittelten Erbschaftserwerb anzeigt. Nach der Ausdrucksweise der Klassiker waren also die *cretio* und die *pro herede gestio* Unterarten der *aditio.* Dieser Sprachgebrauch ist längst erkannt; s. z. B. Windscheid, Pand.[9] III § 596, 7 und aus jüngster Zeit (1908) Perozzi, Istituzioni 2, 504ff., der nur besonders betont, — wie vor ihm Kniep, Der Besitz des BGB (1900) 175 — daß die klassische Wissenschaft (ebenso Gai. Augustod. 44f.) den Antritt *nuda voluntate* nicht als dritte Art auffaßt, sondern dem *pro herede gerere* unterordnet. (Übrigens vermutet Perozzi bei Gai. 2, 167 einen unechten Zusatz, trotz 2, 169.)

[1]) Der in den Pandekten hier folgende Satz: *quod si vulneratus sit ante aditam hereditatem, in hereditate quidem actio remansit, sed cedere ea legatario heredem oportet* ist oben S. 225 schon einmal erwähnt. Dort ist auch aufmerksam gemacht auf die guten Bemerkungen zu diesem Texte von Segrè; die ältere Literatur bis 1897 verzeichnet Steinlechner, Erbrecht 2, 206, 6. (Abzulehnen ist der meines Erachtens durch nichts begründete Vorschlag P. Krügers, das fr. 14 D. 9, 2 von Paulus [361 L.] im Prinzipium des fr. 15 zwischen *adquisita* und *quod si* einzuschalten. Der Zusammenhang, aus dem die Paulusstelle stammt, ist unbekannt, der ursprüngliche Sinn unbestimmbar; vgl. übrigens unten S. 284 A. 3.) Wenn ich recht urteile, sind in dem angeführten Texte nicht bloß die Schlußworte von *sed* ab interpoliert; auch das Vorhergehende ist das Ergebnis einer Bearbeitung. Ulpian konnte nicht sagen: die A. l. Aquiliae verbleibt (weder *remansit* noch *remanet*) in der Erbschaft; aber sie muß abgetreten werden. Und auch damit läßt sich *remansit* nicht retten, daß man als Gegensatz die Ausscheidung des Eigentums aus dem Nachlaß hinzudenkt. Denn dieses *remansit* steht offenbar in engster Beziehung zu dem *remaneat* des voraufgehenden Satzes. Vermutlich hat also Ulpian nur folgendes geschrieben: „Ebenso verhält es sich im Fall einer Verwundung *ante aditam hereditatem*"

16*

Und derselbe Gedanke liegt zugrunde in einer Ausführung Julians l. 40 dig. D. 36, 1, 28 (27), 1 über den Umfang der Restitutionspflicht des Erben, der mit einem Universalvermächtnis belastet ist. Auszuliefern hat in solchem Fall der Fiduziar die „*hereditas*"; zu ihr aber gehören auch die Früchte und der Sklavengewinn, die sich vor dem Erbschaftsantritt ergaben, nicht was später gewonnen wurde; denn nur bis zu diesem Zeitpunkt war ein Erwerb für und durch die *hereditas* möglich.

Übrigens sind nach meinem Ermessen die Zweifel über den Beginn des Fruchtrechts der Legatare völlig zu erledigen durch den Hinweis auf eine aus Gaius l. 18 ad edictum prov. genommene Erörterung (318 D. 35, 2, 73 pr.)[1]), die zwar zunächst einem anderen Zweck dient, indem sie die Zeit bestimmt, welche maßgebend ist für die Entstehung und Fortdauer des Falzidischen Quartrechts, die aber nebenbei einen untrüglichen Schluß gestattet in der uns hier beschäftigenden Frage. Wenn nämlich Gaius a. a. O. das *tempus mortis* für entscheidend erklärt und allen Vermehrungen des Nachlasses, die sich nachher, aber *ante aditam hereditatem* ereignen (*per servos hereditarios aut ex partu ancillarum hereditariarum aut ex fetu pecorum*)[2]), jeden Ein-

---

(d. h. actio hereditati adquiritur). Den Kompilatoren aber schien es billig, daß der Legatar nicht zu Schaden komme. So flickten sie die Zessionspflicht an, geradeso wie sie bei Callistr. D. 31, 63 eine *actio in factum* auf „Indemnität" des Legatars hinzufügten. Nur fehlt in unserem fr. 15 der Name des Prozeßmittels für den Legatar. So verzeihlich aber dieser Mangel ist, so erweist sich die Justinianische Reform darin als unfertig und unüberlegt, daß sie den Vermächtnisnehmer im Fall der Tötung des Sklaven leer ausgehen läßt. Eine solche Verkehrtheit kann gewiß nicht aus Ulpians Feder sein. (Unbefriedigend auch Fadda, Rapporti del conduttore coi terzi ⟨1891⟩ 93 ff., der mit Ferrini ein Damnationslegat voraussetzt.) — Endlich ist noch éin Punkt aufzuklären: das scheinbar rätselhafte *remansit.* Was soll hier das Perfektum? Ich sehe darin einen halb unfreiwilligen Bericht über das alte Recht, das nunmehr der besseren Einsicht der Kompilatoren weichen muß. So war es früher, sagen uns die Byzantiner: *actio .. remansit;* jetzt dagegen: *cedere ea .. oportet.* Das anstößige Perfektum ist also recht lehrreich.

[1]) Dazu I. 2, 22, 2. — [2]) Eine vollständigere Aufzählung dessen, was *ad heredis lucrum pertinet,* gibt Marcian 41 D. 35, 2, 30 pr.

fluß auf das Dasein und die Höhe des Abzugsrechts entzieht, ohne dabei eine Ausnahme anzumerken[1]), so ist offenbar vorausgesetzt, daß die Legatare[2]) am Gewinn, der bis dahin aus den vermachten Sachen erwuchs, keinen Anteil haben, daß also ihr Fruchtrecht frühestens im Zeitpunkt des Erbschaftserwerbes einsetzt.

Auf dieses Zeugnis und auf andere gestützt werden wir mit voller Zuversicht Ferrinis Versuch zurückweisen, die römische Regel über die Gewinnverteilung zwischen Erben und Legataren aus Paul. 3, 6, 46 abzuleiten. Richtig zu verstehen ist die Paulussentenz nur aus dem Zusammenhang mit dem, was vorhergeht und nachfolgt. Darnach aber kommt ihr — wie Salkowski[3]) zeigt — durchaus keine allgemeine Bedeutung zu. Der Fall, auf den sie sich bezieht, ist der eines Legats, das nach der Bestimmung des Testators ein „Grundstück samt Früchten“ zum Gegenstande hat.

Durch die nun abgeschlossene langwierige Prüfung eines textkritischen Vorschlags zum fr. 86 § 2 D. 30, der schwerlich ausreichend erwogen war, haben wir das Recht erkämpft, die Pandektenstelle bis auf weiteres so, wie sie lautet, für echt zu nehmen. Mithin weicht Julians Ansicht in der Datierung des dem Vindikationslegatar erworbenen Eigentums von der Schulregel des Sabinus nicht ab. Gaius 2, 194 f. und unser fr. 86 stimmen in diesem Punkte völlig überein. Um so weiter aber entfernt sich Julian von der überkommenen Lehre seiner Meister durch die Annahme eines mit dem Erbschaftsantritt beginnenden Zustandes reiner Schwebe, der die Person des Eigentümers der legierten Sache betrifft und also die Frage offen läßt, wer fürs erste der Berechtigte sei, ob der Legatar oder der Erbe. Diesen

[1]) Die Annahme, daß der Jurist vielleicht den Gewinn, den die vermachten Sachen selbst abwerfen, außer acht gelassen habe, ist völlig ausgeschlossen, weil er als Beispiel einen Fall vorführt, in dem der Erblasser sein ganzes Vermögen den Vermächtnisnehmern hinterlassen hatte. — [2]) Ich beziehe das fr. 73 pr. cit. auf Legate aller Art. M. W. ist die Gaiusstelle in der Frage des Fruchtrechts der Vermächtnisnehmer bisher nicht benutzt; vgl. Windscheid, Pand.[9] III § 647, 13—15, F. Brügger, Über den Anspruch des Singularvermächtnisnehmers auf Früchte (1877) 17, auch Steinlechner, Erbrecht 2, 181, 2. — [3]) In Glücks Pandekten 49, 481 ff.

Gedanken bringt unser fr. 86, 2 mit einer Klarheit zum Ausdruck, die jedes Mißverständnis unmöglich und daher jede Beweisführung unnötig macht. So sehr es überraschen mag, hier ist uns eine fast unbekannte Tatsache der klassischen Rechtsdogmatik erschlossen, lediglich durch den Hinweis auf den unverkennbaren Inhalt einer oft benutzten Stelle der Pandekten. Und diese Erkenntnis führt auch sofort weiter, da sie uns zwingt, das ganze Bild stark zu übermalen, das wir bisher vor Augen hatten, wenn von dem Schulenstreit über das Vindikationslegat die Rede war.

IV.

Julians Eigentumsschwebe. — Dig. 30, 81, 6.

Das im fr. 86, 2 überlieferte System ist nun im einzelnen genauer zu beschreiben; auch wird das Verhältnis sofort zu bestimmen sein, in dem es zur alten Sabinuslehre bei Gaius steht. Vom Eigentum an der vermachten Sache ist oben gesagt, es befinde sich im Zustand „reiner“ Schwebe[1]), weil Julian keiner der zwei Möglichkeiten das Übergewicht zuerkennt und daher für die Zeit vor der Entscheidung selbst eine bloß einstweilige Regelung verschmäht.[2]) Während also Sabinus für den Legatar sofort mit dem Erbschaftsantritt Eigentum entstehen läßt und nur die Aufhebung des erworbenen Rechtes nach rückwärts wie für die Zukunft vorbehält, ergibt sich nach Julians Lehre aus der Ungewißheit, wem das Recht zustehe, sowohl für den Legatar wie für den Erben der Ausschluß von der dinglichen Klage und ebenso von der Verfolgung solcher persönlichen Ansprüche, die beim Kläger Eigentum am legierten Gegenstand zur Voraussetzung haben.

---

[1]) Bechmann, Das ius postliminii 83 bedient sich dieses Ausdrucks, um den Zustand der Rechtsverhältnisse des Kriegsgefangenen zu bezeichnen. — [2]) Unhaltbar ist die Behauptung von E. Zimmermann, Stellvertretende negotiorum gestio 209, daß „irgendwelche vorläufige Regulierung ... in jedem Falle von Schwebe und Rückwirkung stattfinden müsse“. Dagegen schon Karlowa, Rechtsgeschäft 14f.; neuerdings Steinlechner, Erbrecht 2, 17 zur A. 4.

Was von der hinterlassenen Sache selbst gilt, das ist nach dem Wortlaut des fr. 86, 2 auch maßgebend für den Gewinn, der durch Vermittelung eines *servus legatus* erzielt ist.[1]) Doch wird man Julians Gedanken ohne Zweifel noch etwas allgemeiner fassen dürfen. Hatte der Jurist einmal behauptet, daß das Eigentum der vermachten Sache nach dem Erbschaftsantritt *in suspenso* sei, so mußte er dieses Schwebeverhältnis alsbald auf die Früchte und die anderen Nutzungen erstrecken, die seither zur Legatssache hinzugekommen waren. Dagegen hatten die Sabinianer von ihrem Standpunkt aus sicher anders zu entscheiden. Wie an der Stammsache so mußten sie auch an den Früchten das Eigentum sofort dem Legatar einräumen und nur für den Fall der Ablehnung die Beseitigung dieses Rechtes *ex tunc* zugestehen.

Aufs deutlichste aber und in sehr belehrender Weise tritt der Unterschied der hier verglichenen Anschauungen zutage, wenn man den Versuch macht, einen von Julian in den D. 30, 81, 6 erörterten Rechtsfall mit Hilfe der älteren, und dann der jüngeren Lehre zu beurteilen. Die m. W. bisher unverstandene Stelle (461 L.) aus l. 32 dig. lautet so:

> *Si Titius, cui Stichus legatus fuerat, antequam sciret ad se legatum pertinere, decesserit et eundem Seio legaverit et heres Titii legatum non repudiaverit, Stichum Seius vindicabit.*

Der Testator A, dessen Erbe A^1 wurde, hatte seinen Sklaven Stichus *per vindicationem* dem B hinterlassen. In Unkenntnis dieses Legats vermacht B nach dem Erbschaftsantritt des A^1 denselben Stichus, wieder *per vindicationem,* dem C. Hierauf stirbt B, ohne von der zu seinen Gunsten getroffenen Verfügung des A erfahren zu haben, und wird von B^1 beerbt.

Dies der Tatbestand. Die Entscheidung Julians geht dahin, daß C den Stichus vindizieren könne, wenn nur B^1 das seinem Erblasser B ausgesetzte Vermächtnis nicht abgelehnt hat. Der Jurist läßt also das Legat des C als Vindikationsvermächtnis wirksam werden und zieht daher

[1]) Unrichtig F. Brügger a. a. O. 16.

die Möglichkeit gar nicht in Betracht, es als Damnationslegat nach dem Neronianum aufrechtzuhalten.[1])

Nun fragen wir aber zunächst, welches Gutachten Sabinus und Cassius über den dargelegten Fall erteilt hätten? Wie Gaius 2, 195 zeigt, mußten die genannten Juristen die Unwissenheit des B für unerheblich erklären und ihm sofort Eigentum am Stichus zuerkennen, sobald A[1] Erbe geworden war. Daraus aber ergab sich unmittelbar auch die Gültigkeit des zweiten Vindikationslegates. Mithin hätte C ohne weiteres Eigentum am Stichus erworben, u. z. im Augenblick des Erbschaftsantritts von seiten des B[1]. Aus dem Nachlaß des B wäre der Sklave sofort, ohne Zwischeneigentum des B[1], in das Vermögen des C hinübergegangen.[2]) Sabinus und Cassius konnten also dem Erben des B keinesfalls eine Ablehnungsbefugnis zuschreiben; nach ihrer Ansicht wäre der Erwerb des Legatars C — anders als fr. 81, 6 entscheidet — unabhängig gewesen vom Belieben des B[1].

Wie Julian dazu kam, das gesunde, einleuchtende Urteil, welches die beiden Altmeister gefunden hätten, zu verwerfen[3]), das läßt sich nicht aus unserer Stelle, wohl aber aus dem fr. 86, 2 cit. ersehen, wo die Lehre von der reinen Schwebe verkündigt ist. Ihr zufolge hat das erste Vermächtnis und der Erbschaftsantritt des A[1] den B noch nicht zum Eigentümer gemacht, sondern ihm nur die Möglichkeit eröffnet, den Stichus zu erwerben. Da er indes von dem

---

[1]) Diese Bemerkung stütze ich natürlich nicht darauf, daß das Pandektenfr. 81, 6 cit. keine Anspielung auf das Neronianum enthält. Denn die Kompilatoren hätten einen solchen Zusatz sicher gestrichen. — [2]) Vgl. dazu oben S. 230f. — [3]) Die Accursische Glosse zu D. 30, 81, 6, die gutsabinisch ist, begreift Julians Entscheidung so wenig, daß sie mit den Worten schließt: *Dic ergo, hic non dicit quod teneret repudiatio.* So grob die Taschenspielerei ist, so verständlich ist der Widerstand. Anerkannt, aber nicht erklärt ist die trotz des zweiten Legats angenommene Ablehnungsbefugnis des Erben von Cujaz, Comment. in l. 32 dig. Iuliani (Op. VI, 212) und von Arndts-Glück, Pand. 48, 287 (der dem Titius fälschlich Eigentum am Stichus zuschreibt). Unbrauchbar sind die Bemerkungen von Langebek in Ottos Thesaurus I, 555f. Andere, wie Marezoll, Ztschr. für Ziv.-R. u. Pr. IX (1835) 76, 2, Lotmar, Münch. Festgabe f. Planck (1887) 92 erwähnen die Stelle, als ob sie nichts Schwieriges enthielte.

Legat nichts wußte, war er nicht imstande, von dem ihm gebotenen Vorteil Gebrauch zu machen. Auch ein Erwerb durch bloßes Nichtablehnen war undenkbar, weil die Unwissenheit jeden Schluß auf die Willensmeinung des B hindern mußte. Als er dann starb, war das Recht, das Legat zu nehmen oder zurückzuweisen, noch nicht erloschen und vererbte sich daher wie ein anderes Vermögensrecht auf den B^1.[1])

Doch wird man hier fragen, ob nicht der Testator B jede Einwirkung seines Erben auf das Schicksal des Stichus von Rechts wegen ausgeschlossen hatte durch das Verfügungsvermächtnis zugunsten des C? Julian beantwortet diese Frage zweifelsohne verneinend. Begründen aber mochte er seine Ansicht in folgender Weise.

Nach der neuen Lehre kann das zweite Vindikationslegat keineswegs ohne weiteres für rechtswirksam gelten. Denn der Testator B war weder Eigentümer des Stichus, als er das Vermächtnis errichtete, noch auch zur Zeit seines Todes. Anderseits ist ein solches Legat auch nicht schlechthin nichtig; vielmehr ist seine Geltung einstweilen in der Schwebe. Dieser Zustand der Ungewißheit war aber, wie unser fr. 81, 6 zeigt, noch am Todestage des B vorhanden und mußte dann notwendig fortdauern bis zum Erbschaftsantritt des B^1. Von diesem Zeitpunkt ab liegt nun die Entscheidung über das Legat in der Hand des Erben, der als Gesamtnachfolger in die Rechtslage des Verstorbenen eintrat. Unbedingt verwerflich wäre diese Annahme nur dann, wenn dem Legatar C sofort im Augenblick des Erbschaftsantritts das Eigentum am Stichus zufiele. Indessen könnte der Bedachte in dieser Weise nur erwerben, wenn sein Ver-

---

[1]) Die Vererbung des Rechtes, das Vermächtnis auszuschlagen, wenn nur der Bedachte *die cedente legati* gestorben ist, bezeugen Pomponius 497 D. 30, 38 pr., Jul.-African 14 D 38, 2, 26. Aus der Vererblichkeit der Ablehnungsbefugnis folgt keineswegs, daß sie bereits die zur Ausübung erforderliche Reife erlangt hat: vgl. Pomp. 256 D. 31, 45, 1, Paul. 1148 D. 50, 17, 174, 1 (aus l. 8 ad Plautium. Gothofred und Lenel stellen das fr. 174 unter die Rubrik: de bon. possessionibus. Doch hatte der Satz des § 1 vermutlich schon nach der Absicht des Urhebers etwas allgemeinere Bedeutung. Paulus handelte im 8. u. 9. Buche ad Plaut. auch von den Legaten).



mächtnis im gedachten Zeitpunkt schon vollwirksam wäre. Das trifft aber in unserem Fall gewiß nicht zu.

Da B selbst niemals Eigentum am Sklaven gehabt hat, konnte er begreiflich einem anderen dieses Recht durch Anordnung eines Legats unmittelbar nicht zuwenden. Dessenungeachtet ist die Lage des C keineswegs hoffnungslos. Sobald B^1 Kenntnis erlangt hat von dem Vermächtnis, das seinem Erblasser hinterlassen war, ist ihm die Macht gegeben, den Mangel zu beseitigen, der die Wirkung des zweiten Legates lähmt. Zu diesem Zwecke stehen ihm — was unten noch zu erweisen ist — zwei Mittel zu Gebot. Entweder erklärt er (formlos), das seinem Erblasser zugedachte Legat anzunehmen oder — was nicht weniger gilt — er unterläßt es bloß, rechtzeitig den Ablehnungsentschluß zu äußern. Mag er sich in dieser oder jener Weise verhalten, als Folge ergibt sich allemal die Herstellung einer Rechtslage, die vorhanden sein müßte, wenn der Erblasser des B^1 schon zur Zeit, als A von A^1 beerbt wurde, Eigentümer des Stichus geworden wäre. Die Annahmeerklärung des B^1 und was ihr gleichsteht hat also rückwirkende Kraft und macht so ohne weiteres auch das dem C gegebene Legat vollwirksam, da dieses nunmehr allen Gültigkeitserfordernissen entspricht.

Was aber C durch die Gunst des B^1 gewinnt, das ist wieder nur eine Erwerbsberechtigung („schwebendes Eigentum"), die sich mit Rückziehung auf den Augenblick des Erbschaftsantritts des B^1 in wirkliches Eigentum verwandelt, sobald der Bedachte erklärt hat, den Stichus aus dem Vermächtnis haben zu wollen. Dieses letzte Ergebnis bezeichnet Julian im fr. 81, 6 mit den Worten: *Stichum Seius* (unser C) *vindicabit.*

Anders aber müßte seine Entscheidung lauten, wenn B^1 das seinem Erblasser zugedachte Legat abgelehnt hätte. Hierdurch würde notwendig mit dem ersten Vermächtnis auch das zweite zusammenfallen, und das Recht am Sklaven wäre daher so zu bestimmen, als ob gar kein Vermächtnis vorläge. Oder um es anders auszudrücken: die Rechtsfolge der Ablehnung ist wie die der Annahme zurückzubeziehen auf den Zeitpunkt des Erbschaftserwerbs. Mithin wäre in

unserem Fall A^1, der Erbe des A, so zu behandeln, als hätte er mit dem Nachlaß auch das Eigentum am Stichus erworben.

Wie man sieht, läßt uns die neue Lehre Julians nirgends im Stich. Allein die Entscheidung, zu der sie in strenger Anwendung hinführt, ist in einem wichtigen Punkte äußerst befremdlich. Die Befugnis des B^1, den Eigentümer für die vermachte Sache zu bestimmen, sie nach Willkür dem C oder dem A^1 zuzuweisen, ist nur zu begreifen als Erzeugnis konstruktiver Rechtskunst, als üble Frucht einer juristischen Tätigkeit, welche die natürlichen Grenzen mißachtet, die ihr gezogen sind. Durch andere Erwägungen aber, die auch dem unbefangenen Laien verständlich wären, dürfte sich das Ergebnis, zu dem Julian gelangt, schwerlich stützen lassen, so namentlich nicht durch Hinweisung auf den vermutlichen Willen der zwei Testatoren A und B, oder auf die Erbenstellung des B^1. Anderseits war es mit Händen zu greifen, in welcher Weise und wie leicht der Erbe das ihm grundlos eingeräumte Wahlrecht mißbrauchen konnte. Da ihn sicher zumeist das Schicksal der vermachten Sache wenig kümmerte, konnte er seine Gunst dém zuwenden, der ihm den höheren Preis dafür bot. Wenn trotz alledem Julians seltsame Entscheidung dem System, auf dem sie beruht, keine Gefahr gebracht hat, so hängt das wohl mit der geringen Wichtigkeit des im fr. 81, 6 erörterten Falles zusammen, der im Leben kaum jemals vorkommen mochte.

V.

Der Eigentumserwerb durch Unterlassung des Widerspruchs. — Kein Zwischenrecht des Erben. — Die Überlegungsfrist des Legatars. — Erwerb durch *adgnoscere* und *vindicare*.

In die Erläuterung der im vorigen Abschnitt behandelten Stelle sind schon einige Stücke der Julianschen Lehre aufgenommen, die noch sehr des Beweises bedürfen. Was dort (S. 250) versäumt ist, muß jetzt nachgeholt werden.

Mit der Aufstellung eines Schwebeverhältnisses, das beim unbedingten Verfügungsvermächtnis entstehen soll, so-

bald die Erbschaft angetreten ist, hängt aufs engste die Zulassung einer Annahme des Legats durch den Bedachten zusammen. Während die Anhänger von Sabinus und Cassius eine Handlung, die auf den Erwerb zielt, für sinnlos erklären mußten, war Julian durch seine Grundanschauung nicht gehindert, den Proculianern etwas entgegenzukommen und die Umwandlung des schwebenden in wirkliches Eigentum an einen Willensakt (ein *adgnoscere, accipere, vindicare*) des Bedachten anzuknüpfen. So nah es lag, dieses Mittel zu verwenden, so war es doch keineswegs das einzige, da sich neben ihm eine andere, mehr automatische Lösung des Schwebezustandes darbot. Diese letztere aber, die man sabinianisch nennen möchte, hat Julian, obwohl er die erstere nicht verwirft, augenscheinlich vorgezogen und so sehr in den Vordergrund gerückt, daß sie neben der reinen Pendenz als das hervorstechendste Merkmal seines Systems gelten muß.

Wie die alte Lehre des Sabinus vom Bedachten, der Eigentum haben will, nicht ein bejahendes Tun verlangt, sondern nur ein Unterlassen: die Nichtabwehr des Erwerbs, so begnügt sich damit auch die neuere aus der Hadrianischen Zeit; nur muß sie freilich jener Unterlassung eine andere und stärkere Wirkung beilegen als die von Sabinus beanspruchte der bloßen Wahrung eines schon vorhandenen Rechtes.

Die Zeugnisse aus Julians Digesten, die den Erwerb des Legatars lediglich vom Unterbleiben einer ablehnenden Äußerung abhängig machen, sind aus dem Obigen schon bekannt.[1])

Im fr. 86, 2 cit. heißt es vom *legatarius . . . si non reppulerit, (servus) ex die aditae hereditatis eius intellegetur* und ebenso in dem zuletzt besprochenen fr. 81, 6 vom zweiten Legatar (C), daß er den Stichus vindizieren könne, *si heres Titii legatum non repudiaverit.*

In derselben Weise drückt sich Ulpian aus, u. z. einmal (lib. 44 ad edictum 1164 L.) unmittelbar anschließend an eine Bemerkung von Julian über die Unzulässigkeit der Fabiana im Falle der Zurückweisung eines angebotenen Erwerbs (D. 38, 5, 1, 6):

[1]) Jul. l. 3 ad Urs. Ferocem D. 17, 1, 32 ist hier nicht verwendbar.

... et ait Iulianus libro vicensimo sexto digestorum, si hereditatem libertus non adierit fraudandi patroni causa vel legatum reppulerit, Fabianam cessare: quod mihi videtur verum. quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur, attamen cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est ...

sodann im 22. Buche ad Sab. (2627 L.) D. 30, 44, 1:

... quia, ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ...

ferner Papinian lib. 1 def. (44 L.) D. 31, 80:

Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas. quod eo pertinet, ut, si pure res relicta sit et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, numquam factum heredis.

endlich Marcian lib. 2 reg. (230 L.) D. 34, 5, 15:

... si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres: nam si quidem non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit, si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur ...

Julians Gedanke, den Eigentumserwerb des Legatars an ein Nichtgeschehen: an das Ausbleiben des Widerspruchs zu binden, hat offenbar viel Beifall gefunden. Neben Ulpian und Marcian ist auch der weit weniger schmiegsame Papinian unter den Zustimmenden. Doch wird man vielleicht einwenden, das *non repudiare,* wie es bei den genannten Juristen vorkomme, sei auch verträglich mit der Schulregel der Sabinianer. Allein diese Erklärung ist für die zwei Ulpianstellen schon durch das beidemal gesetzte Wörtchen *retro (retro nostrum sit — retro ipsius fuisse)* völlig ausgeschlossen. Nach Sabinus ist der Legatar keineswegs erst dann als Eigentümer — auch für die Vergangenheit — anzusehen, wenn er nicht abgelehnt hat. Eine Rückziehung des Erwerbs läßt das ältere System gar nicht zu[1]), weil das Eigentum „sofort" *post aditam hereditatem* entstanden ist und nur die Fortdauer in der Schwebe bleibt.

---

[1]) Das hebt richtig auch Koeppen, Jahrbücher f. die Dogmatik 11 (1871), 210 hervor.



In ähnlicher Weise ist auch die Parteistellung von Marcianus leicht festzustellen. Als Ereignisse, die den Eigentumserwerb vermitteln, nennt er zwei nebeneinander: zuerst das *non repudiare,* das den Legatar zum Eigentümer macht, dann das *repudiare,* wodurch dasselbe Recht für den Erben entsteht. Dagegen ist nach Sabinus nur die Ablehnung eine juristische Tatsache; dem bloßen Stillschweigen des Legatars kommt überhaupt keine Wirkung zu.

Papinian endlich im fr. 80 cit. knüpft beim unbedingten Vermächtnis den Eigentumsübergang *(transire)* von der ruhenden Erbschaft auf den Legatar an den Umstand, daß der *legatarius non repudiavit defuncti voluntatem.* Wer in diesem Satze die alte Sabinuslehre erkennen wollte, würde einem Schriftsteller, der nur wenige, aber treffende Worte zu gebrauchen pflegt, eine durchaus fehlerhafte Ausdrucksweise schuld geben. Man merke wohl: nicht vom Behalten des Eigentums ist die Rede, sondern vom Erwerb *(transeat),* und das Ereignis, das dieses Recht begründet, ist nach Papinian nicht der Erbschaftsantritt, wie bei Sabinus, sondern ein vergangenes, abgeschlossenes[1]) *non repudiare* des Bedachten. Das Eigentum aber, das so entsteht, soll dem Legatar nicht aus dem Vermögen des Erben zukommen, sondern unmittelbar aus der *hereditas.* M. a. W. die Wirkung der für den Erwerb entscheidenden Tatsache soll zurückbezogen[2]) werden auf den Zeitpunkt, in dem das Dasein der *hereditas* endigt infolge des Antritts der Erbschaft.

Keinen Schluß auf Papinians Stellung zum Schulenstreit läßt der einleitende Satz des fr. 80 zu, worin der Übergang des Eigentums auf eine *per vindicationem* bedachte Person verglichen wird mit dem Erwerb der einzelnen Nachlaßsachen,

---

[1]) Wie dieses Wort zu verstehen sei, das will die im Texte folgende Ausführung zu Jul. D. 46, 3, 13 zeigen. — [2]) Besonders ausgesprochen ist dieser Gedanke nicht, doch steckt er in den Worten des fr., da das *non repudiare* gewiß auch nach Papinian (vgl. Pomp. 256, oben S. 249 A. 1) erst nach dem Erbschaftsantritt möglich ist, während sich der Übergang des Eigentums auf den Legatar schon in dem Zeitpunkt vollziehen soll, der dem Dasein der selbständigen *hereditas* ein Ende macht.

den die Erbfolge[1]) vermittelt. Denn bei dieser Vergleichung ist die Art und Weise, wie der Legatar und wie der Erbe an Sachen des Erblassers Eigentum gewinnt, ganz außer acht gelassen.[2]) Die Worte: *quod eo pertinet* und die im folgenden betonte *recta via* zeigen deutlich, daß nur an die Wirkung gedacht ist, die der Vermächtnisfolge hier, und dort der Erbenfolge zukommt. Dabei findet Papinian in éinem Punkte volle Übereinstimmung: seiner Meinung nach ist der Legatar *per vindicationem* ebenso unmittelbarer Nachfolger des Verstorbenen wie der Erbe. Bei so vermachten Sachen schiebt sich also keinerlei Zwischeneigentum des Erben ein: *dominium . . . numquam factum heredis.*[3])

Sabinus und Cassius hatten, nach dem oben (S. 223f. 230f.) Gesagten, einige Mühe, von ihrem Standpunkt aus dem Legatar die Unmittelbarkeit des dinglichen Rechtserwerbs zu wahren, da es notwendig schien, den Erbschaftsantritt als das verursachende Ereignis dem Vermächtniserwerb voraufgehen zu lassen. Hiernach konnten die Sabinianer das fatale Zwischenrecht[4]) des Erben an der legierten Sache nur so beseitigen, daß sie aufmerksam machten auf das sofort *(statim) post aditam hereditatem* für den Legatar entstehende Recht, worauf sich dann die Behauptung stützen ließ, daß jenes Augenblicksrecht keine praktische Bedeutung beanspruchen dürfe.[5])

---

[1]) In diesem Sinne gebraucht hier Papinian das Wort *hereditas;* vgl. auch Jul. D. 50, 17, 62, Gai. D. 50, 16, 24, Afric. D. 50, 16, 208, Steinlechner, Erbrecht 2, 159, 1. — [2]) Der Hauserbe erwirbt in wesentlich anderer Weise als der fremde Erbe. Papinian konnte diesen Unterschied nicht verschweigen und konnte nicht allgemein vom *heres* reden, wenn er den Erwerbsvorgang im Auge hatte. Unbegründet ist daher der von Ferrini, Legati 390 gegen Papinian erhobene Vorwurf der Ungenauigkeit. — [3]) Die oben besprochenen Fragmente von Julian, Ulpian, Marcian, Papinian sind schon oft erörtert, doch, wie ich glaube, niemals ganz zutreffend. Immer wieder mußten sie als Zeugnisse dienen bald für das sabinianische System, bald für das proculianische. Aus neuerer Zeit nenne ich nur Fitting, Archiv f. ziv. Praxis 42, 164—166, Arndts-Glück, Pand. 48, 284 ff. 293 ff., Ferrini, Legati 398 f. 389 f. — diese drei Gelehrten treten für Sabinus ein — und als Gegner den Proculianer Koeppen, Jahrb. f. Dogm. V (1861), 193—196. 201; XI (1871), 183—185. 197. 209. — [4]) Auf die unleidlichen Folgen dieses Rechtes ist oben S. 224. 230 f. und S. 224 A. 1 aufmerksam gemacht. — [5]) Noch schärfer lehnt

Wie sich Julian den Eigentumsübergang einer Sache vorstellte, die unbedingt *per vindicationem* vermacht ist, das ersehen wir aus Ulpian l. 29 ad ed. D. 15, 1, 9, 5:

> *Sed et creditor servi, qui heres exstitit domino eius, deducit de peculio quod sibi debetur, si conveniatur, sive libertatem servus acceperit sive non, idemque et si legatus sit pure servus: nam quasi praevenerit et ipse secum egerit, sic deducet quod sibi debetur, licet nullo momento dominium in manumisso vel legato pure habuerit. et ita Iulianus libro duodecimo scribit* (Jul. 195 L.). *certe si sub condicione servus libertatem acceperit, minus dubitanter Iulianus eodem loco scribit heredem deducere: dominus enim factus est. ad defensionem sententiae suae Iulianus etiam illud adfert, quod, si ei, qui post mortem servi vel filii intra annum potuit conveniri de peculio, heres exstitero, procul dubio deducam quod mihi debetur.*

Die Deduktionsbefugnis des Erben, von der hier die Rede ist, war am sichersten aus dem Eigentumsrecht am pekuliierten Sklaven abzuleiten. Und in dieser Weise rechtfertigt auch Julian unbedenklich *(minus dubitanter)* seine Entscheidung, wenn der Sklave unter einer Bedingung vom Testator freigelassen war. Dagegen lehnt er diese Begründung als unzutreffend ab, wenn Stichus *per vindicationem* ohne Bedingung vermacht war. Hier versucht er es (im Schlußsatz des fr.), das erwünschte Ergebnis auf anderem Weg zu gewinnen: durch Hinweis auf das unbestreitbar zustehende Abzugsrecht in einem ähnlichen Falle, wo die Begründung durch das Eigentum am Sklaven ausgeschlossen ist, und nur das *praevenire* den gewährten Vorrang erklären kann.

Demnach legt Julian ohne Zweifel großes Gewicht auf die Leugnung des Zwischenrechts: darauf also, daß der Erbe

Pomponius, der an der alten Sabinuslehre festhält, l. 19 ad Sab. D. 47, 2, 44, 2 in dem gleich gearteten Fall der testamentarischen Freilassung das Zwischenrecht des Erben ab: . . . *quia nullo tempore heres dominus eius factus est;* und ebenso bestimmt Julian (534 D. 33, 8, 8, 1): . . . *licet dominus servi numquam fuerit.* Übereinstimmend auch Scaevola bei Ulp. D. 29, 5, 1, 13.

niemals *(nullo momento)* Eigentum an der legierten Sache erwirbt; übrigens in voller Übereinstimmung mit Papinian, der — wie jetzt wohl erwiesen ist — im fr. 80 cit. in allen Punkten lediglich die Julianische Lehre wiederholt.

Ob der Gedanke an die so stark von beiden Juristen betonte *recta via* von erheblichem Einfluß war, als der Abfall von der Sabinschen Schulregel zuerst erwogen wurde, das wissen wir nicht. Viel Wahrscheinlichkeit spricht kaum dafür, weil auch die Schwebetheorie nicht notwendig dazu führt, den Erwerb des Legatars von der Vermittlung durch den Erben zu befreien. Doch war es für Julian immerhin leichter als für Sabinus, dem Vermächtnisnehmer den „direkten“ Weg zu sichern. Nach der jüngern Lehre hat ja der Antritt der Erbschaft nicht weiter die Bedeutung, den Rechtsübergang auf den Bedachten zu bewirken; er bezeichnet bloß den Zeitpunkt, in dem das Eigentum zwischen dem Erben und dem Legatar zu schweben beginnt. Macht der letztere Gebrauch von seinem Vorrecht der Zueignung, — wozu schon ein Nichttun genügt — so wird die Wirkung dieser Tatsache nach fr. 86, 2 cit. zurückbezogen auf genau denselben Augenblick, in dem der Berufene Erbe wurde. Hiernach sind die beiden Rechte gleich alt, und Julian konnte so mit Fug den Durchgang der vermachten Sache durch das Vermögen des Erben in Abrede stellen.

Wie schon oft gesagt ist, findet der Schwebezustand, von dem wir reden, seine Lösung zu des Legatars Gunsten, wenn dieser es auch nur unterläßt, den Erwerb zurückzuweisen. Erfunden ist dieser überraschende Satz allem Anschein nach von Julian; die Vorherrschaft hat er, wenn nicht früher, so sicher in der Zeit der Severe errungen, da er erweislich von Papinian, Ulpian und Marcian angenommen war. Nun wird man freilich sofort fragen, ob es nicht unsinnig sei, das Schicksal der vermachten Sache an ein unbegrenztes Unterlassen des Bedachten zu knüpfen? Wann soll denn der Legatar genugsam geschwiegen haben, um endlich belohnt zu werden mit dem Eigentumsgewinn?

So einleuchtend und durchschlagend ist dieser Einwand, daß er — unausgesprochen — überall, so weit meine Kenntnis reicht, die Unterdrückung der Julianschen Regel zur

Folge hatte. Ganz unbemerkt konnte ja das *non repellere* und *non repudiare* der Quellen (S. 252f.) schwerlich bleiben. Wem es aber in die Augen fiel, der suchte es wohl schleunigst wieder zu vergessen, ohne ein Wort darüber zu sagen. Doch wäre es richtiger gewesen, in den Pandekten Umschau zu halten, ob nicht die unerläßliche Ergänzung des Julianschen Satzes irgendwo zu finden sei: etwa in der Gestalt einer Frist, deren Ablauf das Wahlrecht des Bedachten aufhebt und so für ihn den dinglichen Erwerb zum Abschlusse bringt. In der Tat ist das fehlende Stück in dem Sammelwerk Justinians enthalten und sogar aus demselben Schriftsteller genommen, dessen Pendenzlehre wir erörtern, nur freilich einem Titel eingefügt, dessen Gegenstand keinen Zusammenhang hat mit dem Vindikationslegat.

Fr. 13 de solut. (46, 3) aus dem 54. Buche von Julians Digesten (716 L.) lautet so:

> *Ratum autem habere dominus debet, cum primum certior factus est. sed hoc ἐν πλάτει et cum quodam spatio temporis accipi debet, sicut in legato, cum de repellendo quaereretur*[1], *spatium quoddam temporis adsumitur nec minimum nec maximum et quod magis intellectu percipi quam ex locutione (elocutione:* fr. gem.*) exprimi possit.*

Nur wer sich Julians Schwebetheorie vor Augen hält und unseren Text zu ihr in Beziehung bringt, wird die große Bedeutung des fr. 13 zu würdigen wissen. Der Proculianer Koeppen[2], der den Legatar erst durch Annahmeerklärung Eigentum gewinnen läßt, konnte begreiflich die Juliansche Frist, wie sie überliefert ist, nicht gebrauchen. Doch er wußte sich zu helfen. Da das fr. 13 zu seiner Grundansicht nicht stimmt, verfälscht er kurzweg und aufs gröblichste den

[1]) Julian schrieb wohl *quaeratur*. — Unter Weglassung der Zwischenbemerkung über die Frist beim Legat kehren die Worte des fr. 13 cit. wieder bei Ulpian l. 80 ad edictum, in den D. 46, 8, 12, 2. Mit Recht betrachtet Lenel, Paling. 1, 458f. (Jul. 716) den Text dieses letzteren Fragments und des fr. 13 cit. als Fortsetzung einer Erörterung Julians, die in den D. 46, 3, 58 pr. (ebenfalls aus Ulp. 80 ad edict.) erhalten ist. — [2]) Jahrbücher für die Dogmatik XI (1871) 216. Viel deutlicher äußert sich Koeppen über fr. 13 im Lehrb. d. Erbrechts (1895) 736.

Inhalt der Stelle, ohne auch nur den Leser zur Vorsicht zu mahnen. Indessen war das Wesen von Julians *spatium temporis*, noch vor Koeppens Abhandlung, schon von J. Unger in einer beiläufigen Bemerkung richtig festgestellt.[1] Treffend bezeichnet es der Verfasser der „Verträge zu Gunsten Dritter"[2] als Ausschlagungsfrist. Besondere Wichtigkeit aber dürfte dem Juliantext auch von Unger nicht zuerkannt sein.[3] Denn mit der Mehrzahl der Pandektisten sieht er in dem altsabinischen System das von Justinian angenommene und gemeinrechtlich gültige. Hier aber hat der Ablauf der Frist nur die éine Folge, das bereits mit dem Antritt der Erbschaft dem Legatar erworbene Recht gegen Wiederaufhebung zu schützen, da von jetzt ab eine Ablehnung nicht weiter statthaft ist.[4]

Übrigens sind die genannten zwei Gelehrten, denen sich noch Fitting und von Crailsheim[5] beigesellen, meines Erinnerns unter den Neueren überhaupt die einzigen, denen fr. 13 nicht durchaus entgangen ist. In den Lehrbüchern der Pandekten wie in den besonderen Kompendien des römisch-gemeinen Erb- und Vermächtnisrechts würde man vergeblich das *spatium temporis* suchen, das den Legatar *(per vindicationem)* einschränkt.

Wie sich die Kompilatoren dazu verstehen konnten, eine so unentbehrliche Bestimmung[6] an einem möglichst verborgenen Orte nachzutragen, und wie sie anderseits durch die bedingungslose Aufnahme der Frist in die Pandekten den Anschein erregen mochten, als ob fortan bei allen[7] Vermächtnissen nur das befristete *repellere* gelten sollte, das ist schwer zu sagen und hier nicht zu erörtern. Uns kümmert

---

[1] Ebenso von v. Crailsheim, Arch. f. ziv. Praxis 47 (1864) 379. — [2] In den Jahrbüchern für die Dogmatik X (1869) 67; dazu System des öst. Privatrechts VI § 62, 2. — [3] Im System a. a. O. ist des fr. 13 cit. nicht gedacht. — [4] Zu beachten ist hier auch noch das oben auf S. 232f. Gesagte. — [5] Ersterer im Arch. f. ziv. Praxis 42 (1859) 161, letzterer ebenda Bd. 47, 379f. — [6] Ohne sie sind alle Stellen, die des *non repudiare* gedenken, unverständlich. — [7] Der formlose Verzicht auf die Legatsforderung, mit der Folge, dem Erben *exceptio pacti* oder *doli* zu verschaffen, mußte begreiflich nach dem Ablauf der Frist zulässig bleiben. Anders aber als *per exceptionem* konnte auch die während der Frist geäußerte Ablehnung nicht wirken.

das fr. 13 nur insofern, als es die Theorie des Juristen, der es geschrieben hat, in einem wichtigen Punkte aufklärt.

Das Buch 54 der Julianschen Digesten, aus dem es stammt, handelt nicht vom Vermächtnis, sondern von der Aufhebung der Stipulationsschulden. Veranlaßt ist die flüchtige Abschweifung ins Legatenrecht durch die von Rechts wegen [1]) dem Geschäftsherrn für die Genehmigung gesetzte Zeitgrenze, wenn einer auftragslos für ihn Erfüllung angenommen hat. Den Lauf der Frist läßt der Jurist beginnen, sobald der Herr Kenntnis erlangt hat von der Geschäftsführung seines Vertreters. Da er grundsätzlich genehmigen soll: *cum primum certior factus est*, so ist ihm ohne Zweifel nur kurze Zeit zur Überlegung verstattet. Wie viel aber, das lasse sich allgemein nicht genauer bestimmen, und in Worten sei es zutreffend kaum auszudrücken. Allzu hart wäre es, sofortigen Entschluß zu verlangen; vielmehr genügt es, wenn der Geschäftsherr — wie das deutsche BGB sagt — „unverzüglich", d. h. „ohne schuldhaftes Zögern" seine Zustimmung erklärt. Eine Genehmigung, die hiernach verspätet ist, hat keine Geltung.[2])

Mit der Frist für die Ratihabition vergleicht nun Julian das beim Vindikationslegat vorkommende *spatium temporis, cum de repellendo quaereretur*. Das Maß der gewährten Zeit bestimmt der Jurist für beide Fälle mit denselben Worten; und zweifellos ist auch der Anfangspunkt der Frist hier und dort der nämliche.[3]) Ein Beteiligter — der Vertreter z. B. oder der Erbe — kann auf den Beginn des von Rechts wegen verordneten Fristenlaufs nur in dér Weise Einfluß üben, daß er durch Benachrichtigung die Unkenntnis des

[1]) Bezieht L. Seuffert, Ratihabition der Rechtsgeschäfte (1868) 29f. fr. 13 cit. wirklich auf eine vom „Richter" zu bestimmende Frist? Ich glaube es nicht annehmen zu sollen. — [2]) So Julian D 46, 8, 12, 2; dazu oben S. 258 A. 1. — [3]) Doch kann beim Legat der Lauf der Frist nie vor dem Erbschaftserwerb einsetzen, da der Bedachte durch das *non repellere* Eigentümer werden soll, was nach Sabinianischer Lehre ohne Erbfolge nicht möglich ist (s. Jul. D. 30, 86, 2, Ulp. D. 30, 44, 1: ... *ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est* ...). Zudem ist Julian über die Voraussetzungen wirksamer Ausschlagung sicher gleicher Meinung wie Pomponius D. 31, 45, 1 (oben S. 249 A. 1 u. S. 254 A. 2).

Geschäftsherrn wie des Legatars beseitigt. Die nächste Folge fruchtlosen Verstreichens ist das eine Mal der Ausschluß wirksamer Genehmigung, das andere Mal der Ausschluß wirksamer Ablehnung. Dort erweist sich nunmehr die Handlung des Vertreters als bedeutungslos für den Geschäftsherrn, hier bringt die Unterlassung des *repellere* innerhalb der Frist den Eigentumserwerb des Legatars zustande.[1]) Jetzt erst verwandelt sich das schwebende in wahres Eigentum, wird aber von der Rechtsordnung so behandelt, als hätte es der Bedachte schon erworben zur Zeit des Antritts der Erbschaft.

Die Frist, mit deren Ablauf die Ungewißheit schwindet, und für den Legatar, der geschwiegen hat, das dingliche Recht entsteht, ist ohne Frage das auffallendste und am meisten eigenartige Stück des neuen Systems.[2]) Wenn Julian von Sabinus abweicht durch die Annahme reiner Schwebe und sich insofern den Proculianern nähert, als er zunächst weder dem Vermächtnisnehmer noch dem Erben wirksames Eigentum zuerkennt, so mochte die römische Praxis trotzdem seine Lehre im wesentlichen als sabinianisch empfinden, weil sich dank der Frist der dingliche Erwerb des Bedachten sicher in aller Regel von Rechts wegen, also ohne Tätigkeit des Legatars vollzog.

Etwas verzögert wurde freilich die Begründung des Eigentums durch die Neuerung; doch konnte der Aufschub bei der Kürze der Überlegungsfrist kaum merkbar ins Gewicht

---

[1]) Um die Kritik, die oben an Koeppen geübt ist, zu rechtfertigen, setze ich die Erläuterung hierher, welche dieser Schriftsteller im Lehrb. d. Erbrechts 736 der l. 13 D. de sol. 46, 3 (zitiert in A. 3 auf S. 736) widmet: „Auch für den Legatar gibt es, wie für den Erben, keine gesetzliche Deliberationsfrist, aber es kann auch ihm, wie dem Erben, vom Testator oder auf Antrag der interessierten Personen (des Onerierten, der Kollegatare, der Nachlegatare) durch den Richter ein *tempus deliberandi* gesetzt werden: *nec minimum, nec maximum*. Das geschieht hier unter dem Präjudiz der Repudiation, weil die Erbschaftsgläubiger durch die verzögerte Entscheidung nicht benachteiligt werden.“ In der Anm. ist noch hinzugefügt: „Bei der Deliberation des Erben geschieht es unter dem Präjudiz des Antritts.“ — [2]) Daß die Frist selbst vermutlich aus dem altsabinischen System herstammt, darüber s. oben S. 232.

fallen. Nur dann, wenn der Bedachte durch längere Zeit in Unkenntnis des Legates verblieb, mochten die unerwünschten Folgen der Eigentumsschwebe stärker hervortreten.

Noch wichtiger ist ein anderer Satz, den Julian, seiner Lehre getreu, in den Kauf nehmen mußte: ein Satz, der die Erwerbsfähigkeit *mortis causa* der Geisteskranken betrifft. Wie die klassischen Quellen[1]) zeigen, wurden solche Personen aus Vermächtnissen *per damnationem* ohne weiteres forderungsberechtigt. Sehr zweifelhaft aber ist es, ob sie nach dem Rechte der Pandektenjuristen zugelassen waren zum Eigentumsgewinn aus Vindikationslegaten. Sollte der Erwerbsvorgang[2]) das einzige Hindernis gewesen sein, das zu

---

[1]) Pompon. 374 D. 44, 7, 24 pr. Marcellus bei Pomp. 375 D. 28, 1, 16, 1 (dazu Marcellus D. 29, 2, 63). Augenscheinlich beziehen sich beide Stellen nur auf Damnationslegate (so auch Lenel, Pal. 2, 86, 3 f.). Der Schlußsatz der zweiten ist freilich schon öfter angefochten (so von A. Faber, Th. Mommsen). Eisele, Beiträge z. röm. Rechtsgesch. 244; Ztschr. f. R. G. R. A. 31, 8, 1 würde ihn vermutlich wegen der *personales actiones* den Kompilatoren zuschreiben. Und es mag ja sein, daß uns eine byzantinische Überarbeitung oder ein nachklassisches Glossem vorliegt; der Inhalt des Satzes aber ist viel leichter mit dem alten, als mit dem Rechte Justinians in Einklang zu bringen. Denn der Kaiser wollte gewiß die Geisteskranken nicht auf die persönlichen Vermächtnisklagen beschränken. So lautet auch sein Erlaß im C. 5, 70, 7, 9 allgemein: *Legatis autem procul dubio vel fideicommissis ceterisque adquisitionibus furioso adquirendis et substantiae eius adgregandis:* ... — [2]) Daß die Unfähigkeit, die Rechtshandlung zu beschaffen, das entscheidende war, dafür spricht (obgleich nicht zwingend) die Zulassung des Wahnsinnigen zur Erbfolge, wenn er als *suus* berufen ist (Marcellus bei Pomp. 375 D. 29, 2, 63, Paul. Coll. 16, 3, 5), und ebenso die Zulassung zum Erwerb von Forderungen in allen Fällen, wo *ignorantibus nobis actiones adquiruntur* (Pomp. D. 44, 7, 24 pr.). Nimmt man hinzu, daß die „quasi-dominikale Gewalt" (Mitteis) *in eo pecuniaque* dem Kurator keine Vertretungsmacht gewährte, um dem Vermögen des Pfleglings Erbschaften und Vermächtnisse zuzuführen, so ergibt sich ohne weiteres die den Erwerb des Wahnsinnigen beschränkende Ordnung, die in Rom Rechtens war. Noch die klassische Zeit kennt daher (als Regel) für den Furiosus nur eine provisorische, nicht die endgültige *bonorum possessio* (Gai. D. 26, 8, 11 ist — wie Alibrandi zeigt — interpoliert), und auch der dingliche Erwerb aus Legaten ist m. W. in den Pandekten nirgends nachweisbar. Nun erwähnt aber Justinian im C. 5, 70, 7, 3 Streitigkeiten der Juristen über den Erbschafts-

überwinden war, so hätten die Altsabinianer keinen Grund gehabt, die Wahnsinnigen auszuschließen. Denn nach ihrer Ansicht erwirbt der Bedachte auch Eigentum, *etiamsi ignoret*[1]) *sibi legatum esse* (Gai. 2, 195). Dagegen konnte sich Julian der entgegengesetzten Entscheidung kaum entziehen, wenn er festhalten wollte an der Gleichstellung der Unwissenden und der Geisteskranken. Doch ist es immerhin möglich, daß er mit gewaltsamer Begründung den Zwang der eigenen Theorie zerbrach, ähnlich wie im Falle des fr. 2 § 2 D. 24, 3 (Jul. 650).[2])

War nach der neuen Lehre der Bedachte schon als Eigentümer anzusehen, wenn er nur — in Kenntnis des Legats — es versäumt hatte, den Erwerb rechtzeitig abzuwehren, so mußte um so mehr eine in der Frist abgegebene

---

erwerb der Furiosi, und im selben Gesetze (§ 7 u. 9) gestattet er zwar den Geisteskranken den Erwerb aus allen Vermächtnissen (überdies: „aus allen sonstigen Erwerbsgründen"), allein lediglich provisorischen Erwerb. Diese letztere Bestimmung wäre schwerlich erlassen, wenn schon die Klassiker einstimmig den Furiosus zum (endgültigen) Erwerb aus allen Legatsarten zugelassen hätten. Einigen Anhalt hat die Vermutung, daß zwischen den Juristen über den Eigentumserwerb des Wahnsinnigen aus dem Vindikationslegat gestritten wurde. Die Proculianer haben wohl sicher den dinglichen Erwerb bekämpft, während ihn die Sabinianer befürworten mochten. Durch die Aufstellung eines dritten, des Julianischen, Systems ist die alte Kontroverse vielleicht neu belebt worden. Die Kompilatoren aber mußten begreiflich Erörterungen, die den dinglichen Erwerb der Geisteskranken anzweifelten, von dem Rechtsbuche Justinians ausschließen. Dagegen ließen sie die aufs Damnationslegat bezüglichen Äußerungen der Klassiker unverändert, weil diese Texte im Sinne der Justinianischen c. 7 cit. auf den provisorischen Erwerb gedeutet werden konnten. — Sollte die vorstehende — unsichere — Hypothese das Richtige treffen, so hätte Justinian auch hier den Streit der Juristen geschlichtet, indem er einen Mittelweg einschlug.

[1]) Daß der Geisteskranke rechtlich oft wie ein Unwissender behandelt wurde, das erweisen die oben S. 262 A. 1 genannten Stellen von Pomponius und Marcellus, ferner Paul., Coll. 16, 3, 5, Iust. I. 3, 1, 3 (nach Ferrini aus Marcian). — [2]) Hier sagt er von der *filia furiosa: ubi non potest per dementiam contradicere, consentire quis eam merito credet.* In ähnlicher Weise hat man vielleicht auch den *surdus* und *mutus* trotz angenommener *ignorantia* zum Erwerb von Legaten aller Art zugelassen: Pap. 599 D. 31, 77, 3. Doch ist es nicht ausgeschlossen, daß Papinian bloß Damnationslegate im Auge hatte. Auch ist die zitierte Stelle durchaus nicht unzweideutig.

Annahmeerklärung den Schwebezustand sofort zugunsten des Legatars aufheben. Wie die Pandekten lehren, hat bereits Julian selbst diese Erwägung als triftig anerkannt und daher das entscheidende Ereignis, welches den Erwerb vollendet, wiederholt mit Worten bezeichnet, die eher eine Tätigkeit des Bedachten anzeigen als ein bloßes Unterlassen.

Der gebrauchte Ausdruck ist nicht überall derselbe. Zweimal (Jul. 353 D. 9, 4, 40 und Jul. 457 D. 30, 81, 1) begegnet *adgnoscere legatum.*[1]) Das zweite Mal steht diesem *adgnoscere* ein *repellere* gegenüber, während ein anderes Julianfragment (462 D. 30, 81, 7) zur Bezeichnung des nämlichen Gegensatzes *vindicare* und *repudiare legatum* verwendet. Dasselbe *vindicare* kehrt — um nur éin Beispiel[2]) zu nennen — in einer wichtigen Ausführung der Vat. Fr. 77 wieder (in den D. 7, 2, 1, 3, bei Lenel Jul. 503), u. z. hier als Bestandteil eines übereinstimmend von den Häuptern der gegnerischen Schulen, von Celsus und Julian, aufgestellten Satzes. Endlich finden wir bei Valens, der ein Gutachten Julians mitteilt (Jul. 548 D. 4, 4, 33), auch noch *legatum accipere.* Doch ist diese letztere Stelle um deswillen minder verlässig, weil es hier nicht ausgeschlossen ist, an ein Damnationsvermächtnis zu denken, das die Kompilatoren unkenntlich gemacht hätten.

Das zuerst erwähnte *adgnoscere legatum* kommt auch bei späteren Juristen, die als Anhänger Julians gelten dürfen, recht häufig vor, namentlich bei Ulpian.[3]) Freilich wird man nicht leugnen können, daß gerade dieser Ausdruck geeignet war, die stillschweigende Annahme oder was als solche gedeutet wurde mitzubefassen.[4]) Anderseits ist es höchst unwahrscheinlich, daß Julian das sehr allgemeine[5]) *adgnoscere*

---

[1]) Ebenso in einem Ulpianfragm. D. 9, 2, 13, 3, das anscheinend Julians Worte unverändert wiedergibt. Auf diese Stelle komme ich später zurück. — [2]) Einem anderen sind wir schon oben bei Jul. D. 30, 81, 6 (S. 247 ff.) begegnet. Eine erschöpfende Aufzählung folgt weiter unten. — [3]) S. das Stellenverzeichnis im Vocabularium iurispr. rom. 1. 209. — [4]) Wenn diese Deutung zuweilen (bei Paul. 3, 6, 12 z. B.) unstatthaft ist, so wird dadurch die Behauptung im Texte nicht unrichtig. — [5]) Für den dehnbaren Sinn von *adgnoscere legatum* ist Ulp. 97 D. 48, 10, 3 beweisend: *Qui . . . legatum accepit vel quoquo modo adgnovit.* Hiernach ist die Bedeutung von *accipere legatum* enger als die von *adgnoscere.*

legatum gesetzt hätte, wo er bloß auf das Verstreichenlassen der Frist (ohne Ablehnung) hinweisen wollte.

Über den Sinn des *vindicare legatum* ist erst später eingehend zu handeln; nur éin Punkt ist hier schon festzustellen. Wo immer vom „Vindizieren“ die Rede ist, kann jedenfalls nur an positive Tätigkeit gedacht sein. Fällt also, wie die Vat. Fr. 77 lehren, die Begründung des vermachten Eigentums in den Zeitpunkt, wo es „vindiziert“ wird *(tempore quo vindicatur)*, so ist auch erwiesen, daß Julian neben dem Erwerb, der sich automatisch vollendet, eine zweite Art anerkennt, die ein Tun des Bedachten einschließt.[1])

Von den Juristen in der Zeit nach Hadrian, welche für uns in Betracht kommen, läßt ungefähr die Hälfte das dingliche Recht aus dem Verfügungsvermächtnis durch einen Willensakt des Legatars entstehen, ohne des mit gleicher Wirkung ausgestatteten *non repellere* zu gedenken. Wer bloß die zwei von Gaius geschilderten Systeme kennt, wird daher leicht zur Überzeugung kommen, daß selbst in der jüngsten Schicht der Klassiker noch einige waren, die für die proculianische Ansicht eintraten. Und in der Tat ist unsere Überlieferung keineswegs so lückenlos, um eine Widerlegung zuzulassen, die den Widerspruch schlechthin austilgen könnte. Wohl aber drängt sich auf Grund der hier geführten Untersuchung eine andere Erklärung auf, die gute Stützen hat, und die etwas wahrscheinlicher ist, weil sie dem mächtigen Ansehen des Salvius Julianus besser Rechnung trägt.

VI.

Die Juristen nach Julian. — Terentius Clemens. — Ulpius Marcellus. — Das *vindicare* als Erwerbsakt bei den Proculianern. — Das bedingte Vindikationslegat.

Zu den Parteigängern des Proculus möchte man vor allen und ziemlich bestimmt einen Juristen zählen, von dem nur éine Äußerung zu unserer Frage erhalten ist: Terentius

[1]) Die von African herausgegebenen Quaestionen tragen nichts dazu bei, Julians System in helleres Licht zu setzen. Übrigens vergleiche man D. 30, 107, 1 u. D. 38, 2, 26 (African 10 u. 14 L.).



Clemens, dessen Kommentar zu den Ehegesetzen vermutlich den letzten Jahren des Pius oder der Regierungszeit der *divi fratres* angehört.[1]) In einem Fragment der Pandekten (31, 59[2]), bei Lenel 31) aus dem 15. Buche jenes Werkes ist im Widerspruch mit der Ansicht eines ungenannten Respondenten, der einen ausgeschlagenen Vermächtnisteil als kaduk[3]) behandelt, das Alleineigentum der vermachten Sache kraft Anwachsung dem Herrn des mitbedachten Sklaven zugesprochen. Dabei setzen die Juristen voraus, daß der Herr nach der Ablehnung des ihm selbst gegebenen Legats erklärt hatte, das, was seinem Sklaven hinterlassen ist, für sich haben zu wollen. Diese Äußerung des Annahmewillens ist im fr. 59 cit. zweimal erwähnt: zuerst von dem Ungenannten und dann von Terenz selbst, und beide Male erscheint die Erklärung des Sklaveneigentümers in der Form: *ad me pertinere volo.* Gerade mit diesen Worten aber bezeichnete man in der Zeit, aus der die Gaianischen Institutionen stammen, das Hauptstück der Proculianischen Lehre: den Vorgang, der den Erwerb des Bedachten vermittelt.

Wie große Wichtigkeit Gaius selbst (2, 195) den angeführten Worten beilegt, das zeigt aufs eindringlichste die Schlußfolgerung, die er, der treue Sabinianer, aus einem Erlaß[4]) des kürzlich verstorbenen Antoninus Pius ableitet. Weil der Kaiser einer Kolonie, der ein Legat gegeben war,

[1]) S. Fitting, Alter[2] 44. — [2]) Zutreffend erläutert von Arndts in Glücks Pand. 48, 288—291. Doch ist Widerspruch zu erheben gegen die Behauptung von Arndts a. a. O. 288. 269 und anderen (Fitting, Arch. f. ziv. Pr. 42, 163. Brinz, Pandekten[2] 3, 414), daß auch die Anhänger des Sabinus „von *velle legatum ad se pertinere* reden konnten". In Frage steht hier nur die von der Rechtsordnung mit Erwerbswirkung ausgestattete Annahme. Eine solche aber ist auf dem Boden der alten Sabinuslehre zweifellos unmöglich. Vgl. auch oben S. 232f. — [3]) Vgl. Jörs, Verhältnis der L. Julia 28f. 46f. — [4]) Welchen Zweifel das kaiserliche Reskript beseitigen wollte, das ist nicht sicher festzustellen. Wahrscheinlich — denn die Worte: *proinde ac si uni legatus esset* weisen darauf hin — war das Recht der Dekurionen fraglich, die Kolonie in privatrechtlichen Sachen zu vertreten, vielleicht auch die Form, in der die Annahme oder Ablehnung erfolgen sollte. Man vergleiche jetzt besonders Mitteis, Röm. Privatrecht 1, 379. 377 A. 4. S. 378 A. 11. S. 78 A. 14 und von älteren Schriftstellern Arndts a. a. O. 48, 267—270.

den Bescheid erteilt hatte: es sei Sache der Decurionen zu überlegen, *an ad se velint pertinere* . . ., um dieser Phrase willen sieht Gaius sich genötigt — wenn auch zögernd — dem System der gegnerischen Schule den Sieg zuzuschreiben. Vielleicht wäre ihm dieses Zugeständnis erspart geblieben, wenn er in sein Elementarbuch auch schon Julians neue Lehre aufgenommen hätte.[1]) Wollte er dagegen, der alten Quelle folgend, die er benutzt, seine Darstellung beschränken auf den Zweikampf der Schulen, so mußte er in dem Antoninschen Erlasse unweigerlich die Verwerfung der Sabinuslehre finden; denn die Worte des Kaisers stimmen völlig überein mit der Formel, die, nach Gaius' eigener Schilderung, der treffende Ausdruck der Proculianischen Ansicht war.[2]) Und in diesem letzteren Punkte verdient unser Gewährsmann sicher Vertrauen, zumal da sein Bericht bekräftigt ist, wie durch das Zeugnis des Labeo[3]) (327 D. 30,

---

[1]) Dabei setze ich voraus, daß Julians Digestenbücher, die vom Legate handeln, schon einige Zeit vor der Abfassung der Gaianischen Institutionen veröffentlicht waren. Vgl. oben S. 236 A. 1. 2 u. S. 237 A. 1. Gaius mochte es für richtig halten, seinen ungeschulten Lesern nicht mehr zu bieten, als seine Vorlage enthielt. Ergänzt hat er sein Werk weit weniger durch Verarbeitung der jüngeren Literatur als durch Aufnahme des neueren Kaiserrechts (so Jörs in Pauly-Wissowa, R. E. V, 1450). Den Siegeslauf der Julianischen Lehre hat er offenbar nicht vorausgesehen. — [2]) Gaius 2, 195 ist viel getadelt worden: so von Arndts a. a. O. 48, 268f., dem Hölder, Beiträge 84 zustimmt, von P. Krüger, Quellen 185, 19 und von Ferrini, Legati 396. Nur Kübler (1908) „Gaius“ bei Pauly-Wissowa meint, das 2, 195 Gesagte „dürfte sich rechtfertigen lassen“. Nach meinem Ermessen ist der gegen Gaius gerichtete Tadel unbegründet. Diesen Widerspruch erhebe ich trotz des Zugeständnisses, daß die Absicht des Kaisers auf etwas wesentlich anderes gerichtet war als die Entscheidung des Schulenstreits (s. oben S. 266 A. 4). Allein nebenbei enthält doch der Erlaß seinen Worten nach zweifellos eine Anwendung des von Proculus oder des von Julian aufgestellten Lehrsatzes, mithin eine Ablehnung des Sabinianischen Systems. Ich sehe nicht ein, wie jemand diese Auffassung bekämpfen will, er müßte denn bereit sein, die oben S. 266 A. 2 zurückgewiesene Behauptung aufrecht zu erhalten. — [3]) Es liegt mir fern, durch die Berufung auf Labeo für diesen Juristen wieder die Rolle des Schulstifters in Anspruch zu nehmen. Die von Jörs in Pauly-Wissowa, R. E. III, 1655f. („Cassiani“) aufgezählten Gründe halte ich für durchschlagend. (Anders freilich Pacchioni, Corso di dir. rom.

[1905] 1, 304. 307f., 1, der gegen Baviera die hergebrachte Auffassung von Pomp. D. 1, 2, 2, 47 verteidigt). Dessenungeachtet kann Proculus gerade von Labeo, dessen *Posteriores* er mit Noten versah, in beträchtlichem Maße beeinflußt sein. Einen Beleg hierfür enthält dem Anschein nach das oben angeführte fr. 12 pr.; denn Labeo tritt darin als Vertreter dér Ansicht auf, die wir gewohnt sind die proculianische zu nennen. Schon die Worte: *Labeo ait, ex meo legato an ex eo, quod tibi heres sim, adquiram legatum* sind mit der Meinung des Sabinus (derzufolge die Ablehnung betont sein müßte) unverträglich. Und noch bestimmter weist das unmittelbar folgende: *si voluero, eam rem ex meo legato ad me pertinere* auf den Erwerb durch Aneignung hin. — Die hier vorgeschlagene Deutung des fr. 12 pr. setzt sich nicht in Widerspruch zu dem, was Gaius über den Schulenstreit erzählt. Wenn dieser in 2, 195 als Vertreter der im Kampfe stehenden Meinungen auf der einen Seite Nerva und Proculus, auf der anderen Sabinus und Cassius anführt, so müssen die genannten Juristen nicht gerade die ersten sein, die in Streit gerieten, und selbst wenn der Beginn der Kontroverse erst in die Zeit des Sabinus fallen sollte, was recht wahrscheinlich ist, so wird doch eines der zwei Systeme älter sein als der Kampf, und diese ältere Lehre dürfte man dann weiter zurückführen in die römische Urzeit. Das ursprüngliche Recht aber könnte sehr wohl dasselbe sein, welches unter den Klassikern von Proculus vertreten wurde. Wenn Pernice, Labeo 1, 143f. das Gegenteil behauptet (vgl. auch Ferrini, Memorie del R. Istit. Lombardo XV [1885], 217, 2), so beruht seine Annahme lediglich auf der anfechtbaren Deutung von *notare* = „rügen" bei Gaius D. 35, 1, 69 (verworfen ist diese Übersetzung von Seckel-Heumann[9] unter *Notare* S. 372) und muß jedenfalls dem deutlichen Bericht über Labeo in den D. 30, 12 pr. weichen, der a. a. O. von Pernice übersehen ist. — Auf weitere Fragen, zu denen fr. 12 pr. cit. Anlaß gibt, ist hier nicht näher einzugehen. Nur zwei Bemerkungen mögen noch gestattet sein. In allen älteren Ausgaben der Pandekten ohne Glosse liest man im fr. 12 am Schlusse des pr. die Worte *Proculus ait.* Hiernach wäre nur der erste Satz des pr. aus Labeo, der zweite aus Proculus genommen. Indessen hat Mommsen, gewiß mit Recht, die angeführten Worte wieder dem § 1 zugewiesen. Auch im übrigen bedarf der Florentinische Text des pr. sicher einer Berichtigung (anders wohl Lenel, Paling. 2, 91, 6). Sehr verschiedene Änderungen und an verschiedenen Punkten sind schon vorgeschlagen: darunter die Einschaltung eines *non* im Schlußsatz und eine wenig glückliche Ergänzung durch *sed et* von seiten Mommsens. M. E. ist die Unklarheit auf Rechnung der Kompilatoren zu setzen, die den Urtext verstümmelten. So mußten sie z. B. — um eine ganz unsichere Vermutung zu äußern — notwendig Streichungen vornehmen, wenn Labeo ein Testament erörtert hatte, in dem dieselbe Sache dem A *per vindicationem* und dem B (der *die legati cedente* von A beerbt wurde) *per damnationem* vermacht war.

12 pr. bei Pomp. l. 3 ad Sab.), so auch eines der jüngsten Häupter der Proculusschule: durch Neratius Priscus (D. 47, 2, 65), der den Erwerb des Bedachten ebenfalls mit den Worten[1]) beschreibt: *legatum ad se pertinere voluit.*

Nach allem dem scheint es ein aussichtsloser Versuch zu sein, unseren Terenz in Legatssachen von dem Verdacht des Proculianismus reinigen zu wollen. Indes wird das gewonnene Ergebnis doch wieder zweifelhaft, wenn man folgende Umstände gebührend beachtet. In den Bruchstücken, die wir von dem Werke des Terentius haben, zeigt sich fast überall der beherrschende Einfluß von Salvius Iulianus, den der Verfasser auch einmal (D. 28, 6, 6) so bezeichnet, wie der Schüler von seinem Lehrer spricht: als *Iulianus noster.*[2]) Gewiß kann sich Terentius dessenungeachtet, auch in einer wichtigen Lehre, von seinem Meister getrennt haben; doch werden wir ohne Vorbehalt dieser Ansicht nur zustimmen, wenn uns fr. 59 cit. gar keinen Ausweg offen lassen sollte. Ein solcher wäre vielleicht schon gefunden, wenn darauf hingewiesen wird, daß die Worte *velle ad se pertinere* zuerst von dem namenlosen Respondenten gebraucht sind, der sie zur Beschreibung des Tatbestandes verwendet, und daß sie dann von Terenz in der Entgegnung nur wiederholt sind, vermutlich ohne die Absicht, in der Legatenkontroverse Stellung zu nehmen.

Förderlicher aber dürfte es sein, die naheliegende Frage aufzuwerfen, ob die proculianische Formel nicht gut geeignet war, auch im Munde eines Jungsabinianers die Erwerbshandlung des Bedachten anzuzeigen, abwechselnd mit dem uns schon bekannten *adgnoscere* und *vindicare legatum?* Die Antwort darf sicher ohne weiteres bejahend lauten. Freilich, Julian selbst mochte sich vielleicht noch hüten, für die Annahme des Legats die proculianische Phrase zu gebrauchen. So lang seine neue Lehre das System der gegnerischen Schule nicht ganz verdrängt hatte, wären aus solcher Redeweise unvermeidlich Verwechselungen und Mißverständnisse

[1]) Auch in den D. 35, 1, 69 (aus Gaius 469 L.) kommen sie im Munde des Proculus nochmals vor. Doch ist hier von einem Vindikationslegat die Rede, dem die Bedingung *si voluerit* eingefügt war. — [2]) Vgl. Fitting, Alter[2] 44. Kipp, Geschichte der Quellen[3] 132.



hervorgegangen. Dagegen bestand nach dem Sieg der Julianschen Theorie für die Spätklassiker kein triftiger Grund mehr, die Annahmeerklärung des Legatars nicht auch mit dén Worten zu bezeichnen, deren sich einstens die Proculianer bedient hatten.

Vollen Beweis für das zuletzt Gesagte liefern uns die Pandekten in 30, 44, 1. In dieser sehr bekannten Stelle macht der Jurist seine Entscheidung davon abhängig, daß die vermachte Sache von dem Bedachten erworben sei, und diese Bedingung drückt er so aus: *si . . . voluerit ad se pertinere.* Der Verfasser dieses Fragmentes aber ist Ulpianus, dessen Parteistellung im Gefolge Julians nicht dem geringsten Zweifel unterliegt.[1]) Weiter ist hiernach auch Terentius Clemens mit größerer Wahrscheinlichkeit, statt den Anhängern des Proculus, vielmehr den Jungsabinianern anzureihen[2]), und sein fr. 59 endlich dürfte unter dieser Voraussetzung neben anderen Stellen als Zeugnis gelten für die von Julians Schülern als wirksam anerkannte Erklärung, das Vermachte haben zu wollen.

Nach Terenz sollen als nächste Ulpius Marcellus und Julius Paulus ausgeforscht werden, deren Werke etwas reichlicheren Stoff für unsere Zwecke liefern. Doch ist leider auch der Standpunkt dieser zwei Juristen nicht wohl mit ein paar kurzen Bemerkungen zu erweisen. Zudem wird es nötig sein, hier einiges vorauszunehmen, was erst in dem Abschnitt über die Lehre des Proculus darzulegen wäre.

In den Fragmenten aus Marcellus[3]), die uns angehen, fällt sofort das *vindicare legatum* und *vindicare* der legierten

---

[1]) S. oben S. 252 f. 257. — [2]) Anführen möchte ich hier noch Terent. Clemens 6 D. 31, 52 aus dem 3. Buche des Kommentars. Doch ist auch dieses Fr. untauglich, uns darüber aufzuklären, ob der Verfasser der proculianischen oder der julianischen Ansicht folgte. Irrig wäre es, aus dem Schlußwort *pertineat* auf die Sabinuslehre zu schließen; denn wie *legatum* so auch *hereditas ad eum pertinet.* Vgl. übrigens über den Sinn von '*pertinere*' Pompon. 802 D. 50, 16, 181. — [3]) Bei Lenel, Marc. 156 (D. 31, 23). 237 (D. 9, 2, 34. 36). 261 (D. 33, 3, 3) aus den Büchern 13. 21. 29 der Digesten. Die für fr. 237 überlieferte Buchziffer 21 will Lenel, Pal. 2, 1236 durch 31 ersetzen. Das *vindicare* der ersten Stelle (nur dieses) könnte auch vom Vindikationsprozeß verstanden werden.

Sache ins Auge. In éiner dieser Stellen (D. 33, 3, 3) kommt das Wort sogar dreimal vor und sicher nicht in der Bedeutung einer Rechtsverfolgung vor Gericht, die für unsere Gelehrten die einzige ist, sondern als Ausdruck für den Erwerbsakt des Legatars. Woher aber hat Marcell und der ihm vorangehende Julian diesen Sprachgebrauch? Aus welcher Schule stammt er her? Ohne allen Zweifel nicht von den Sabinianern, denn das alte Lehrbuch dieser Sekte (Gai. 2, 194) erklärt den römischen Namen des Verfügungsvermächtnisses daraus, daß der Bedachte, der die Sache einklagen will, sie gerichtlich zu vindizieren habe, und versucht es so, eine andere Deutung zu unterdrücken, die jeder mit Händen greifen muß, wenn er nur die Ausdrucksweise kennt, deren sich — nach alten Vorbildern — Marcellus bedient. Welches Muster für diesen letzteren ausschlaggebend war, das bleibt natürlich im dunkeln; wohl aber sind wir heute noch imstande, die Verwendung von *vindicare* in dém Sinn, der von Julian und Marcellus bezeugt ist, über Celsus hinweg bis auf Proculus (128 D. 31, 20, bei Celsus) zurück zu verfolgen. Demnach war der Sprachgebrauch, von dem wir handeln, gerade in der proculianischen Schule zu Hause, während er keinen Platz fand im System der Altsabinianer, ja von diesen bekämpft werden mußte. Erst Julian konnte ihn dulden und selbst annehmen, da nach seiner Lehre eine Erwerbshandlung, wenn nicht notwendig, so doch statthaft war.

Marcellus aber darf dem Gesagten nach — beim unbedingten Legat — keinesfalls zu den Anhängern des Sabinus gezählt werden, und nur die Frage ist jetzt noch zu erledigen, ob er der Lehre des Proculus den Vorzug gab oder der Julianschen? Daß er wohl der letzteren folgte,

---

(Richtig ist diese Deutung bei Marcellus 184 D. 31, 26; s. oben S. 224 A. 1). Wie sehr sich hier und da die zutreffende Übersetzung von *vindicare* den modernen Erklärern schon aufgedrängt hat, das zeigt eine Bemerkung, die Fitting, Begriff der Rückziehung (1856) 98 bei der Schilderung des Rechtsfalles in D. 33, 3, 3 entschlüpft ist. Er fragt hier nämlich: „Wie, wenn beide das Legat annehmen, also das Grundstück vindizieren?“ Ganz unzweideutig ist freilich dieser Satz noch nicht. — Aus Marcellus 238 bei Marcian D. 30, 114, 3 *(...post acceptum legatum)* ist nichts zu entnehmen, weil wir die Art des Legats nicht bestimmen können.

dafür sind gute Gründe vorhanden; doch bleibt freilich etwas Raum für Zweifel, da die Übereinstimmung mit Julian in einem Hauptpunkt unbezeugt ist, und da wir anderseits auch das proculianische System und namentlich dessen jüngste Gestalt zur Zeit des Celsus nicht ausreichend kennen. Wer hier urteilen will, muß Marcells Fragmente in den D. 9, 2, 34. 36 pr., D. 29, 1, 31 [1]) (dazu Vat. Fr. 84) und den zweiten Satz von D. 33, 3, 3 näher in Betracht ziehen.

In allen diesen Stellen dreht es sich um die Folgen, die sich aus der Ausschlagung von Vindikationslegaten für den Erben und den Kollegatar ergeben.[2]) Überall sind Fragen aufgeworfen, die mit Hilfe der Julianschen Rückziehungslehre (D. 30, 86, 2) genau so zu beantworten wären, — und von einem Nachtreter Julians [3]) auch wirklich so beantwortet sind — wie Marcellus entscheidet, während es sehr zweifelhaft ist, ob auch die Proculianer zugestimmt hätten, da sich die rückwirkende Kraft der Ablehnung des Legats nirgends in den Quellen als Bestandteil ihres Systems nachweisen läßt.[4]) Ob freilich Marcellus wie im Ergebnis

---

[1]) Aus dem 13. Digestenbuch, bei Lenel 153. Aus diesem Marcellustexte hat wohl Ulpian in seinem 17. Buche ad Sab. (daraus Vat. Fr. 84 u. D. 40, 1, 2) geschöpft. — [2]) Daß der Erwerb des Kollegatars (durch Anwachsung), wenn der Genosse ausschlägt, und der Erwerb des Erben, wenn der Alleinbedachte das Vermächtnis ablehnt, gleich geartet sind, das hebt Marcellus zweimal hervor in D. 9, 2, 36 pr. und in D. 29 1, 31 (ebenso Vat. Fr. 84). Nur den letzteren Fall faßt Julian in D. 30, 86, 2 ins Auge. War aber Marcellus éines Sinnes mit Julian, so mußte er die Rückwirkung auch im Fall der Anwachsung zwischen, Kollegataren anerkennen. Und so stützt auch Ulpian sowohl im ersten wie im zweiten Fall seine Entscheidungen (D. 9, 2, 35, D. 40, 2, 3) geradezu auf Rückziehung: *retro adcrevisse . . . retro competit.* — [3]) Von Ulpian in den am Ende der vorigen Anm. genannten Fragmenten. — [4]) Unsere Gelehrten behaupten freilich, ohne Ausnahme, das Gegenteil. Allein sie irren; denn die Rückwirkung ist keineswegs selbstverständlich und aus der proculianischen Herrenlosigkeit der legierten Sache gewiß nicht abzuleiten. — Zwischen Kollegataren nimmt auch die Schule des Proculus — und schon der Stifter — Adcrescenz an. Die scharf geschliffene Regel: *tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri* (D. 32, 80) stammt ja von Celsus, der diesen Worten zufolge die Anwachsung darauf gründet, daß jedem der mehreren Bedachten das Ganze gegeben sei. Wem aber durch Verfügungsvermächtnis die ganze Sache „gegeben" ist, dem ist sie um des-

so auch in der Begründung mit Julian einig war, das ist nicht leicht ins reine zu bringen, weil die Texte, wie sie vorliegen, die Rückziehung weder nennen[1]) noch deutlich genug auf sie hinweisen.

Am lehrreichsten sind noch die oben zuerst genannten Fragmente 34 und 36. Hier ist dem Kollegatar A die ganze Aquilische Forderung zugebilligt, die aus der Tötung des vermachten Sklaven hervorgeht, wenn nur hinterher der daneben bedachte B das Legat ausschlägt. Denn — so fügt der Jurist hinzu — wie der Erbe, dem nur éin Legatar gegenübersteht, im Fall der Ablehnung so beurteilt wird, als wäre er nie belastet gewesen, so müsse dementsprechend der Mitlegatar A behandelt werden, als wäre das Vermächtnis ihm allein gegeben. Marcellus schafft also die dem Alleinerwerb des A wie des Erben entgegenstehenden Hindernisse auch für die Vergangenheit aus dem Wege. Damit scheint aber, wenn auch mit etwas anderen Worten, lediglich die rückwirkende Kraft ausgedrückt und anerkannt zu sein, die nach Julian[2]) der Ablehnung zukommt.[3])

Sehr bemerkenswert ist im fr. 36 noch die Formel, mit der unser Jurist die Rechtslage des Erben schildert, die aus der Ausschlagung des Legates entsteht. Sie lautet: *perinde ac si* (Stichus) *legatus non esset,* stimmt also völlig überein mit den Worten, welche in den Schriften der Altsabinianer (Pomponius D. 30, 38, 1, Gai. 2, 195) die Wirkung anzeigen, die aus der Zurückweisung des Legates entspringt. So

---

willen nicht schon erworben, und ob der Erwerb des „anwachsenden" Teiles, sobald er vollendet ist, zurückzubeziehen sei auf einen früheren Zeitpunkt: diese Frage könnte nur durch den Ausspruch eines Proculianers entschieden werden.

[1]) In der Ausführung des Marcellus, aus der die fr. 34. 36 D. 9, 2 genommen sind, haben die Kompilatoren sicher nichts dergleichen gefunden, da sie die Erläuterung durch das *retro adcrevisse* aus Ulpian in dem eingeschobenen fr. 35 hinzufügen. — [2]) Mit Marcell. D. 9, 2, 36 pr. vergleiche man noch Julian im Schlußsatz des fr. 13 § 3 D. 9, 2 (Ulp.). — [3]) Nichts deutet darauf hin, daß sich Marcellus der bedenklichen Methode bedient habe, die Pomponius 744 D. 9, 2, 43 anwendet, um die Aquilische Forderung einer Person zu verschaffen, die zur Zeit des Deliktes noch nicht Eigentümerin der beschädigten Sache ist (und im Fall der Vernichtung auch später nicht Eigentum gewinnen konnte).

brauchbar nun diese Formel war, wo das *repudiare legatum* ein schon entstandenes oder doch schwebendes Eigentum für die Vergangenheit ebenso austilgt wie für die Folgezeit, so befremdend wäre sie im Munde eines Proculianers, da für ihn die Ablehnung nur die éine Bedeutung haben konnte, für die Zukunft eine Aneignungsbefugnis auszuschließen, die bisher bestanden hatte.[1])

Ein anderes Marcellusfragment: der zweite Satz von D. 33, 3, 3[2]) ist noch schwieriger zu würdigen als die eben besprochenen Texte. Wie der Jurist die Frage gelöst hat, die er hier aufwirft, das wissen wir. Auch so viel steht fest: Julian hätte ebenso entscheiden müssen. Im unklaren aber sind wir über die Gründe, welche für Marcellus leitend waren. Seine knappe Antwort, in den Pandekten aus vier Worten bestehend: *et hoc magis videbatur* enthält nichts davon. Wohl aber weist sie hin auf einige Bedenklichkeit des Verfassers und fast unzweideutig auf einen Kampf zwischen mehreren Juristen. Wenn wir, die Überlieferung ergänzend, als Parteien in diesem Streit die Sabinianer und Julianus auf die eine Seite, die Proculianer auf die andere stellen, so ist mit dieser naheliegenden Annahme wahrscheinlich das Richtige getroffen. Marcellus aber hätte, wenn dem fr. 3 zu trauen ist[3]), keine eigenen Wege gesucht, sondern mit Entsagung sich der Führung Julians untergeordnet.

Zum fr. 31 D. 29, 1 endlich, das oben (S. 272) noch genannt ist, braucht nur weniges angemerkt zu werden. Marcell behandelt darin zwei Tatbestände, die nahe verwandt sind mit den in den D. 9, 2, 34. 36 erörterten Fällen. Wie dort so vergleicht er auch hier den Kollegatar mit dem be-

---

[1]) Fragen darf man noch, wie ein Proculianer (anders — wenn Mommsens Emendation zutrifft — Jul.-Ulp. D. 9, 2, 13, 3) nach der Tötung des Stichus den Kollegatar B (fr. 34 cit.: *Seius*) zum *repudiare legatum* (und auch zur Annahme) hätte zulassen können? Das Vermächtnis war doch wohl beseitigt. Vgl. auch Salkowski-Glück, Pand. 49, 168f. — [2]) Erläutert ist fr. 3 cit. in neuerer Zeit von Fitting, Begriff d. Rückziehung 97—99, Arndts-Glück, Pand. 48, 298—301, Ferrini, Legati 400f. 708. — [3]) Die Kompilatoren könnten vor *et hoc magis* etwas weggestrichen haben.

lasteten und durch Ablehnung frei gewordenen Erben; im übrigen verzichtet er wieder darauf, seine Antwort theoretisch zu begründen. Die fehlende Rechtfertigung und zugleich die einzige, von der wir Kenntnis haben, begegnet erst bei einem der jüngsten Klassiker: im fr. 3 D. 40, 2. In dieser Stelle entscheidet Ulpian (93 lib. 4 disp.) geradeso wie Marcellus und beruft sich ausdrücklich auf die vor ihm von Sabinus und Julian gelehrte Rückwirkung. Nimmt man noch hinzu, was oben zur Erläuterung der fr. 34. 36 cit. gesagt ist, so darf nun wohl die Behauptung gewagt werden, daß unser Jurist in allen Punkten, über die wir Äußerungen aus seiner Feder haben, der Autorität Julians folgt, wenn er auch diese Abhängigkeit in den erhaltenen Texten nirgends betont.

Zur Festigung dieses Ergebnisses kann schließlich noch verwiesen werden auf die Zeugnisse der Pandekten, die sich aufs bedingte Vindikationsvermächtnis beziehen. Alles, was die Kompilation über diesen Gegenstand enthält, stimmt aufs beste zusammen; von dem proculianischen System (Gai. 2, 200. 195) findet sich nirgends eine Spur, und auch Julian hat es hier vermieden — u. z. aus gutem Grunde[1]) —, die altsabinische Lehre anzutasten. Einer der klarsten Aussprüche aber, die hergehören, stammt gerade von Marcellus[2]) (bei Ulp. l. 17 ad Sab. D. 7, 1, 12, 5), der die rechtliche Lage der Früchte, die ein Dieb vom Nießbrauchsgrundstück abgetrennt hat, mit der Behandlung der bedingt *(per vindicationem)* vermachten Sache vergleicht:

---

[1]) Darüber ist weiter unten noch ein Wort zu sagen. — [2]) Der Text des Marcellus im fr. 12 § 5 cit. reicht vielleicht bis *cum autem in pendenti*; mindestens aber schließt er noch die Worte *ad legatarium transit* ein. Für diese Abgrenzung zwischen Marcell und Ulpian tritt schon die Glosse ein, und neuestens — wenn ich recht verstehe — Lenel, Pal. 1, 408 u. 2, 1066. An der Richtigkeit dieser Auffassung habe ich keinen Zweifel; doch ist sie allerdings von vielen bestritten: so von Fitting, Rückziehung 28f., Dernburg, Pandekten[7] 1 § 205, 7, Czyhlarz-Glück, Pand. Ser. d. B. 41. 42 I, 438, 77. Was sonst die Auslegung des zit. fr. anlangt, so kommt die Glosse m. E. auch hier dem Richtigen am nächsten; nur die Entscheidung, die dem Marcellus vorschwebt, ist nicht erkannt, übrigens aus fr. 12 § 5 allein gar nicht zu ermitteln. Um nur dies noch zu bemerken: Ulpian stimmt keinem von den zwei Juristen zu, die er anführt.

exemplo rei sub condicione legatae, *quae* interim heredis *est*, existente *autem condicione ad legatarium* transit.

Schwebt also die Bedingung noch zur Zeit des Erwerbs der Erbschaft, so entsteht zunächst ein Zwischeneigentum für den Erben. Geht dann die Bedingung in Erfüllung, so tritt ohne weiteres und von jetzt ab der Legatar als Eigentümer an die Stelle des Erben.

Darin aber erkennen wir sofort die alte Lehre des Sabinus und Cassius, von der Gaius a. a. O.[1]) berichtet; dieselbe, der Javolen (85 D. 7, 1, 54) wie Pomponius (187 D. 35, 1, 105)[2]) sich anschließen, und die unverändert auch von Julian[3]) und Ulpian[4]) übernommen ist; von den letzteren

---

[1]) Dazu noch Gaius 478 D. 40, 9, 29, 1 u. 14 D. 30, 65, 1 u. 16 D. 30, 69, 1. (Die *vindicatio*, von der Gaius im fr. 69, 1 spricht, ist die gerichtliche, wie Gai. 2, 194 zeigt.) — [2]) Vgl. noch Pomp. 256 D. 31, 45, 1. — [3]) Außer den Julianstellen, die im Texte sofort anzuführen sind, gehört hierher noch Jul. 348 D. 13, 1, 14 pr., Jul. 512 D. 7, 4, 17, D. 7, 6, 4 und wegen der Behandlung des analogen Falles der bedingten Freilassung auch Jul. 195 D. 15, 1, 9, 5 (oben S. 256). Schwierigkeiten macht nur das dem 30. Digestenbuch (nach Lenel *de heredum institutione et substitutione* handelnd) entnommene fr. 13 D. 28, 7 (Jul. 442 L.) Beruht hier etwa das Nebeneinander von Legat und Erbeinsetzung ebenso auf Interpolation wie nach Gradenwitz (Bullett. dell' istit. di dir. rom. 2, 7) im fr. 26 § 1 D. 35, 1 aus Jul. lib. 82 dig. (816 L.)? In der ersten Stelle (mit der übrigens Ulp. 2560 D. 7, 1, 21 = Vat. Fr. 71ᵇ: . . . *si heres institutus sit vel legatum acceperit* zu vergleichen ist) wäre das *legatum* und der *legatarius*, in der zweiten der *heres scriptus* und die *hereditas* zu tilgen. Indessen ist es wohl erlaubt, im fr. 13 cit. unter dem *id agere* (nach Erfüllung der Bedingung), wodurch *legatum adquiri solet*, das Verstreichenlassen der Entschlagungsfrist (D. 46, 3, 13) zu verstehen. Doch würde hier, beim bedingten Vermächtnis, das Stillschweigen während der Frist nicht eine Eigentumsschwebe entscheiden, sondern bloß das altsabinische Ablehnungsrecht beseitigen. Das zweimalige *adquiri* (das nur für den berufenen Erben ganz zutrifft) müßte also im fr. 13 den endgültigen Legatserwerb anzeigen, der nach rückwärts nicht weiter aufgehoben werden kann. Und allerdings hatte der Jurist bei der Eigenart der Bedingung, die er voraussetzt, ('*si decem dederit*' — also eine potestative) triftigen Anlaß (s. oben S. 231 f.), die Meinung ausdrücklich abzuwehren, daß schon die Erfüllung der Bedingung den Legatserwerb endgültig entscheide. Vgl. übrigens zum fr. 13 cit. Windscheid-Kipp, Pand.⁹ III § 643, 2 a. E., Brinz, Pand.² III § 427, 50, Arndts-Glück, Pand. 48, 297 f., Ferrini, Legati 399 f. — [4]) Ulp. 107 D. 7, 4, 16. Ulp. 632 D. 10, 2, 12, 2. Ulp. 1235 D. 29, 5, 1, 4. In der letzteren

trotz des Abfalls vom sabinianischen Schuldogma, das sie also beim bedingten Legat doch wieder gelten lassen.

Wie nach dem obigen Text das Eigentum *condicione existente* auf den Vermächtnisnehmer „übergeht" *(transit)*, so spricht auch Julian zweimal (456 D. 30, 81 pr. und 475 D. 30, 82 pr.)[1]) vom *dominium*, das unter Umständen beim Eintritt der Bedingung vom Vorberechtigten „weggeht" *(discedit — discessurum sit)*, um dem Legatar zuzufallen.

Demnach folgt Marcellus zweifellos im fr. 12 § 5 cit.[2]) ebensowohl den Altsabinianern wie dem ihm zeitlich näher stehenden Julianus. Ist aber diese Annahme gesichert, so wird es noch schwieriger zu glauben, daß er beim unbedingten

---

Stelle ist besonders aufmerksam gemacht auf das gleiche Recht, das ebenso für den Sklaven gilt, der durch bedingte Verfügung vermacht ist, wie für den so *(testamento)* freigelassenen (dazu noch Ulp. reg. 2, 2 f., Ulp. 2701 D. 40, 7, 9 pr.). — Auf Gai. 2, 200 gestützt führt jetzt Mitteis, Privatrecht 1, 172 ff. überzeugend aus, wie wichtig das durch die Regeln über den *statu liber* (die man den Zwölftafeln zuschrieb) gebotene Vorbild für die Theorie des bedingten Geschäftes geworden ist. So erklärt sich auch die volle Einigkeit der alt- und jungsabinianischen Juristen betreffs der Behandlung des bedingten Vermächtnisses *per vind.* Nur die Proculianer stehen hier abseits.

[1]) Dieses Fragm. ist oft besprochen; vgl. z. B. Fitting, Rückziehung 79, 116, Arndts-Glück, Pand. 46, 262 f., Ferrini, Legati 612 f., Schloßmann, Ztschr. f. R. G. R. A. 42, 292 ff., auch Lenel, Pal. 1, 402, 1—3, Segrè, Studi Scialoja 1, 258 f. — [2]) Durchaus im Einklang mit dem oben abgedruckten Satze des fr. 12 § 5 cit. steht Marcellus 34 D. 8, 6, 11, 1 (vgl. Arndts-Glück, Pand. 48, 335, 9). Die Unsicherheit bei der Entscheidung des zweiten Falls, die sich in den Worten *et magis dicendum est* verrät, deute ich ganz anders als Mitteis a. a. O. 1, 173, 26. An Rückwirkung haben m. E. beim bedingten Legat weder Marcellus noch andere Juristen gedacht, und am wenigsten die Proculianer. Wohl aber erwägt der Verfasser der Stelle, ob nicht folgerecht alle Verfügungen, die den Erben als Zwischeneigentümer zum Urheber haben, für die Zukunft wegfallen müssen, sobald die Bedingung erfüllt ist? Wenn die Dienstbarkeiten erlöschen, die den Legatar belasten würden, weshalb nicht auch die Aktivrechte, die der Zwischeneigentümer für das Grundstück hinzuerworben hat? Sicherlich war es dieses Bedenken, das den Marcellus etwas bedrückt, und das er mit den Worten: *magis dicendum est, ut sequantur legatarium* sehr verständig beiseite schiebt. — Der *res legata*, die *existente condicione transit* im fr. 12 § 5 cit. entsprechen in D. 8, 6, 11, 1 genau die *servitutes*, die *extinguentur, si legati condicio existat.*

Legat für die Herrenlosigkeit der vermachten Sache im Sinne der Proculianer eingetreten sei. Ob er freilich den von selbst sich vollziehenden Erwerb, der nur den Ablauf der Entschlagungsfrist voraussetzt, anerkannt und es somit in allen Punkten mit Salvius Julianus gehalten habe, das bleibt im dunkeln, da die Überlieferung hier völlig versagt. Erstaunlich wäre es ja nicht, wenn ein Jurist zwar den Schwebezustand von Julian genommen, dabei aber die Lösung der Ungewißheit bloß durch bejahende Erklärung des Bedachten zugelassen hätte.

Um diese Vermutung zu stützen, möchte man vielleicht Gewicht legen auf den Ausdruck *omittere legatum*, der bei Marcellus in den D. 29, 1, 31 und D. 33, 3, 3 vorkommt, wo man eher *repudiare* oder *repellere* erwartet. Das erstere Wort scheint etwas umfassender zu sein als die beiden letzteren und kann wohl überall gesetzt werden, wo der Nichterwerb auf einem Nichthabenwollen beruht.[1]) Indessen ist es in unserem Fall doch bedenklich, aus der Verwendung jenes Ausdrucks auf eine Hinneigung zum Proculianismus[2]) zu schließen. Denn die éine Marcellusstelle erweist es deut-

---

[1]) Noch enger begrenzt G. Kretschmar, Prälegat 41f. 45, 20 den Begriff des *omittere hereditatem, legatum*. Das Wort bedeute: „mit seinem Willen verlieren", *repudiare* heiße: „speziell ausschlagen". Letzteres verlangt also nach K. eine ausdrückliche (unmittelbare) Erklärung, für das *omittere* genügt auch eine mittelbare. Für die Regel mag dies zutreffen. Doch bleiben mir Zweifel, ob K. die Bedeutung von *repudiare* nicht allzusehr beschränkt, und ob durch *omittere* immer und notwendig der Verlust der Erwerbsaussicht angezeigt ist. — Daß *omittere* zuweilen „völlig gleichbedeutend mit *repudiare* gebraucht wird", das hebt Kretschmar a. a. O. 42 hervor. — [2]) Fitting, Arch. f. ziv. Pr. 42, 166 findet in dem *omittere* bei Cels. D. 31, 20 ein Kennzeichen der proculianischen Lehre. Damit kann er nicht sagen wollen, daß die Sabinianer eine ausdrückliche Ablehnung fordern (vgl. auch Jav. 72 D. 31, 40, Pomp. 497 D. 30, 38, 1 und 352 D. 12, 1, 8), während die gegnerische Schule mit einer stillschweigenden zufrieden war. Was Fitting bemerkt, ist nur verständlich, wenn er das Wort *omittere* in weiterem Sinne faßt als Kretschmar (oben A. 1). Dann aber fragt es sich, welche Tatsache zu dem bloßen *omittere* (gewollten Nichterwerben) hinzutreten muß, um den Bedachten für immer vom Legat auszuschließen? Denn Celsus a. a. O. setzt diesen Ausschluß voraus. Sollen wir vielleicht an den Ablauf einer Annahmefrist denken?



lich durch ihren Wortlaut, daß der Verfasser *omittere* und *repudiare* abwechselnd[1]) gebraucht, mithin auch dem ersteren Wort nur die engere Bedeutung des zweiten beilegt. So werden wir wohl besser die Frage offen lassen, ob Julian und Marcellus durchaus gleicher Meinung sind, oder ob der jüngere Jurist sich noch ein bißchen weiter von Sabinus entfernt und dann sein System ergänzt hat durch ein Stück der Lehre des Proculus.

VII.

Julius Paulus. — Sent. 3, 6, 17. — Paul. *ad Vitellium*. — Das Ende des Schulenstreits.

Nicht geringe Schwierigkeiten macht es, den Standpunkt genau zu ermitteln, den sich Julius Paulus erwählt hat. In der Behandlung des bedingten Legates stimmt auch er[2]) mit Sabinus und — was hier dasselbe sagen will — mit Julianus überein. Fast ebenso sicher ist anderseits die Abweichung von der altsabinischen Lehre beim unbedingten Verfügungsvermächtnis. Überall wo Paulus die Frage des Erwerbs berührt, verwendet er Ausdrücke, die auf eine Handlung des Bedachten hinweisen, u. z. dieselben, welche wir aus Julians Digesten kennen, und auch solche, die den Proculianern eigentümlich sind. In den Sentenzen 3, 6, 12 und in

---

[1]) So ersetzt auch Ulpian l. 17 ad Sab. Vat. Fr. 84 in dem Bericht, den er über Marcells Äußerung in D. 29, 1, 31 erstattet (s. oben S. 272 A. 1), das *omisisset* der Vorlage durch *repudiet.* Doch möchte ich diesen Vorgang nicht als Zeugnis benutzen für den gleichen Wert der fraglichen Worte, weil Ulpian als Anhänger Julians den Ausdruck *omittere* vermeiden mußte, um Mißverständnisse zu verhüten. Dagegen ist bei Paulus 17 D. 23, 5, 14, 3 *omiserit... legatum* gewiß nichts anderes als das voraufgehende *repudiaverit.* Veranlaßt ist in diesem fr. der Gebrauch von *omittere* durch die Zusammenstellung von *hereditas* und *legatum (... omiserit hereditatem vel legatum).* — [2]) Paul. 1285 D. 6, 1, 66: *abire a nobis dominium speratur, si condicio legati ... extiterit.* Paul. 997 Vat. Fr. 58: ... *[usus fructus is existen]te ea* (d. h. *condicione*) *desinit ad posteriorem pertin[ere et priori adquiritur ...].* Ergänzt ist Vat. Fr. 58 von Bethmann-Hollweg mit Hilfe von Ulp. 107 D. 7, 4, 16. — Ich mache auf die Übereinstimmung dieser Zeugnisse mit den oben S. 276. 277 angeführten aufmerksam.

der Schrift de septemviralibus iudiciis (Paul. 45 D. 5, 2, 31, 3)[1]) begegnet *adgnoscere;* einmal im Kommentar zur Lex Falcidia (Paul. 924 D. 31, 6) *vindicare*[2]), und hier geradeso im Gegensatz zum „ablehnen" *(spernere)* wie bei Julian und Marcellus. Ein andres Mal wieder (bei Paul. 1347 D. 31, 5 pr. aus den Quaestionen) heißt die Erwerbshandlung, die dem *repudiare* gegenübersteht, *amplecti legatum.* Daneben findet sich öfters *legatum accipere*[3]); doch weist dieser vieldeutige[4]) Ausdruck wohl meistens auf das verpflichtende Vermächtnis hin[5]), und selbst wo er etwa auf alle Legatsarten zu beziehen ist, — wie im fr. 5 pr. § 1 D. 34, 9 und sent. 4, 1, 14 — bleibt es noch fraglich, ob das „Ansichnehmen" nicht bloß auf den Besitz hinzielt und demnach einen Vorgang darstellt, der auch guten Sinn hat auf dem Boden der Sabinuslehre. Dagegen ist der Anklang an die den Proculianern geläufige Phrase unverkennbar in den Sentenzen 3, 6, 7, wo Paulus vom Bedachten sagt: *etsi nondum constituerit . . ad se pertinere*[6])

---

[1]) Der Beweiswert dieses *adgnoscere* — nicht auch der zit. Sentenz — läßt sich herabsetzen durch die Bemerkung, daß Paulus in einer Erörterung, die den Ausschluß von der Querell durch irgendwelche Anerkennung des Testamentes betrifft, auch als Parteigänger des Sabinus die Annahme des Legats — ein *adgnoscere* nicht um des Erwerbs willen — hervorheben mußte. — [2]) Dasselbe *vindicare* könnte man bei Paul. 950 D. 32, 88, 1 finden wollen. Noch etwas unsicherer ist die Deutung des *vindicari* in D. 33, 7, 1, 1 (Paul. 1668) und D. 33, 3, 7 (Paul. 1409). Das in der letztgenannten Stelle dem fraglichen Worte voraufgehende *conveniuntur* zwingt nicht dazu, gerade an das gerichtliche Vindizieren zu denken. — Meine Auffassung von *vindicari petive* bei Paul. 866 D. 35, 2, 36, 3 ist oben S. 226 in der Anm. schon angedeutet. Der Jurist beantwortet die gestellte Frage so, daß sie für alle Legatsarten paßt. *Vindicari* bezieht sich auf das dinglich, *peti* auf das obligatorisch wirksame Vermächtnis. Wegen der Bedeutung von *petere* vgl. Wlassak, Gesch. d. Kognitur 3 f. 13—16; Ztschr. f. R. G. R. A. 38, 157. — [3]) S. das Verzeichnis im Vocab. iurispr. rom. 1, 83. — [4]) Nicht hierher gehören die Stellen, wo *legatum accipere* die Bedeutung hat: „bedacht sein mit einem L."; z. B. Jul. D. 28, 7, 13, Pap. D. 31, 77, 3, Paul. D. 34, 4, 29. (Ich schalte diese Bemerkung nur deswegen ein, weil das Vocab. a. a. O. es unterlassen hat, aus den Stellen mit *legatum accipere* wenigstens zwei Gruppen zu bilden.) — [5]) So bei Jul. D. 30, 84, 4, Plaut.-Paul. D. 5, 3, 43, Paul. D. 35, 2, 1, 8, Ulp. D. 34, 4, 3, 1. — [6]) Die Sentenz spricht es nicht geradezu aus, daß mit dem *const. ad se pert.* das dingliche Recht erworben sei. Doch läßt sie darüber keinen Zweifel, daß der

und wohl auch in den D. 31, 4 aus dem 8. Buche ad Plautium[1]) (L. 1152), wo dem Legatar ein dem Erwerbszweck dienendes *velle* zugeschrieben ist.

Endlich kann hier noch das aus gleicher Quelle stammende fr. 174 § 1 D. 50, 17 genannt werden. Sollte der überaus weit gefaßte Ausspruch, den diese letztere Stelle enthält, mit veranlaßt sein durch das Recht des Verfügungslegats[2]), so würde er den aus den vorerwähnten Zeugnissen zu erschließenden Satz bestätigen, daß Paulus den Erwerb beim unbedingten Vermächtnis sehr häufig mit einer Willenserklärung des Bedachten in Verbindung setzt.

Nun fragt es sich aber, ob wir denn gezwungen sind, mit diesem ziemlich unbestimmten Ergebnis vorlieb zu nehmen? Ist nicht wenigstens der Gegensatz zu den Altsabinianern für den Juristen, von dem wir handeln, unwidersprechlich nachzuweisen?

Eine Stelle aus den Sentenzen und eine aus den Pandekten scheinen eine glatte Antwort zu verhindern. Die erstere (3, 6, 17) lautet:

> *Ususfructus uniuscuiusque rei legari potest et aut ipso iure constituetur aut per heredem praestabitur: ex causa damnationis per heredem praestabitur: ipso iure per vindicationem.*

Der Nießbrauch also, der durch Verfügung vermacht ist, soll „*ipso iure*“ entstehen. Glaubt jemand, diese zwei Worte im Deutschen durch „von selbst“ oder „kraft Gesetzes“ wiedergeben zu müssen, so wird er in unserem Texte ein

---

Verf. in dem „geäußerten Entschluß, haben zu wollen“ eine rechtserhebliche Tatsache erblickt; und eine andere Wirkung konnte ihr Paulus nicht wohl beilegen als die von Proculus oder die von Julian angenommene.

[1]) Infolgedessen ist die Autorschaft nicht ganz sicher. — [2]) Was man vermuten darf; s. oben S. 249 A. 1. — Auffallen muß es, daß Paulus 342 D. 50, 16, 28 pr. (dazu Lenel, Edictum[2] 181, 8) unter den Beispielen des *occasione adquirendi non uti* den (nach dem *hereditatem omittere*) nächstliegenden Fall der Ablehnung eines einfachen Vindikationslegats nicht anführt. (Statt dessen nennt er die Versäumung einer befristet gewährten *optio legata.*) Haben die Kompilatoren etwas weggeschnitten, und etwa deshalb, um den Widerspruch mit Ulp. 1007 D. 27, 9, 5, 8 zu vermeiden? Letzteres m. E. sehr wenig wahrscheinlich.



klares Zeugnis für die Lehre des Sabinus finden. Allein jene Übersetzung ist gewiß zu verwerfen; denn sie beruht auf der willkürlichen Übertragung eines Sprachgebrauchs, der den heutigen Gelehrten eigentümlich ist, in die klassischen Quellen. Wie besonders Lenel[1]) gezeigt hat, ist der genauere Sinn des *ipso iure* der Regel nach nur zu ermitteln, wenn der im Einzelfall gerade vorgestellte Gegensatz beachtet wird. In der obigen Sentenz aber steht dem Ususfruct, der „von Rechts wegen“ zustande kommt, der Nießbrauch gegenüber, den der *(per damnationem)* verpflichtete Erbe für den Legatar begründet. Die Worte *ipso iure* verneinen also nur eine den Erwerb bewirkende Handlung des Erben[2]); dagegen wollen sie darüber nichts aussagen, ob das dingliche Recht durch eine Handlung des Bedachten oder ohne sein Zutun erworben wird.

Das zweite Zeugnis, das bei der Untersuchung der von Paulus eingenommenen Parteistellung irreleiten könnte, hat in den Pandekten (36, 2, 21 pr. — 2068 L.) die Überschrift: *Paulus libro secundo ad Vitellium.* Die Anfangsworte dieses Fragmentes:

> *Si dies adposita legato non est, praesens debetur aut confestim ad eum pertinet cui datum est: . . .*

beziehen sich ohne Zweifel nicht[3]) auf éin Legat, sondern

---

[1]) Ursprung und Wirkung der Exzeptionen 87ff., einer Anregung von Dernburg, Kompensation² 315 folgend. Indem ich hier Lenel beistimme, will ich keineswegs meine Ansicht preisgeben, daß die Römer auch volksrechtliche Exzeptionen kannten. [Vgl. jetzt Wlassak, Der Ursprung der röm. Einrede (Wien 1910).] — [2]) Diese Auslegung vertritt schon Cujacius in seiner Ausgabe der Paulinischen Sentenzen; ebenso Lenel, Exzeptionen 94. — [3]) Denn die zwei oben mitgeteilten, durch *aut* verbundenen Wortreihen können schlechterdings nicht dasselbe ausdrücken. Nur diese Erwägung schlägt durch, nicht auch das *legatum . . . debetur*, da die Juristen — wie zuletzt Segrè, Studi Scialoja 1, 266f. gezeigt hat — *deberi* auch beim Vindikationslegat gebrauchen. Ebenso mehrdeutig ist die Phrase *pertinet ad legatarium* (s. Pomp. 802 D. 50, 16, 181: . . *'pertinere' latissime patet;* dazu Paul. 1327 D. 19, 1, 43, Paul. 2068 D. 31, 12, 1). Daß sie aber wohl geeignet war, den dinglichen Rechtserwerb des Bedachten anzuzeigen, dafür bietet schon das *velle ad se pertinere* der Proculianer (oben S. 266f. 269) genügenden Beweis. Zur besseren Sicherung dieser Annahme nenne ich noch Jav. 72 D. 31, 40, Jul. 791 D. 30, 99, Pomp. 256 D. 31, 45, 1 (vgl. auch

auf die beiden Grundtypen: auf das verpflichtende und auf das Verfügungsvermächtnis. Hat der Erblasser weder eine Bedingung beigefügt noch eine Frist, so wird das erstere nach dem Erbschaftsantritt sofort fällig, während das letztere im selben Augenblick den Bedachten zum Eigentümer macht. Diese „sofortige" *(confestim,* bei Gaius *statim)* Begründung des dinglichen Rechts weist aber unverkennbar hin auf die altsabinische Lehre, so daß wir wieder vor der Frage stehen, ob denn Paulus oben richtig beurteilt ist?

Doch dürfte der Schein eines Widerspruches schwinden, wenn wir das Werk genauer ins Auge fassen, aus dem der abgedruckte Satz genommen ist. Eines ergibt sich sofort: Paulus ist keineswegs der einzige Autor, der in den Büchern *ad Vitellium* zu uns spricht. Dem Titel nach handelt es sich um die Bearbeitung eines Juristenwerkes, das anscheinend einem Zeitgenossen Labeos angehört[1]), da schon Masurius Sabinus — und vermutlich zu allererst — *libros ad Vitellium* verfaßt hat. Unserem Paulus war dieser Kommentar wohl bekannt; denn er hat ihn nachweislich benutzt.[2]) Ob er ausschließlich aus ihm geschöpft und die Urschrift vernachlässigt hat, als er seine Neuausgabe verfertigte, das wird sich kaum feststellen lassen. Wie dem auch sei, jedenfalls haben wir bei den einzelnen Fragmenten immer besonders nach dem mutmaßlichen Autor zu fragen, wo nicht etwa ein Name genannt ist, oder andere äußere Kennzeichen Aufklärung bieten.

Pomp. 352 D. 12, 1, 8 und 497 D. 30, 38, 1), Maec.-Ulp. 2549 D. 7, 1, 72, Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 937.

[1]) Nur Bremer in der Iurisprudentia Antehadriana II, 1, 375 f. (zustimmend Di Marzo) hat das Dasein eines juristischen Schriftstellers Vitellius geleugnet. Er meint, Sabinus habe eines seiner Werke einem Vitellius gewidmet. Wenn aber Paulus Schriften herausgegeben hat *ad Sab., ad Plaut., ad Ner.,* so ist es schwer glaublich, daß der Titel seiner *libri ad Vitellium* nicht in gleichem Sinne zu verstehen sei. Zur Widerlegung Bremers ist der Aufsatz von Baviera, Scritti giuridici 1 (1909), 121—142 bestimmt; vgl. auch Kipp, Gesch. d. Quellen[3] 118, 16, Costa, Storia delle fonti (1909) 82, 3. — [2]) S. Lenel, Pal. 1: Paul. 2063. 2064. 2071, P. Krüger, Quellen 152, 22, Fitting, Alter[2] 95. Krüger a. a. O. 205 geht noch weiter; er vermutet, daß der Ausgabe des Paulus nur die Bearbeitung des Sabinus zugrunde liegt.

Zu den Stellen unsicherer Herkunft gehört nun auch das zitierte fr. 21 pr. Da der Text nichts enthält, was dazu nötigt, Paulus als Urheber anzunehmen, und da anderseits die darin ausgedrückte Ansicht unvereinbar ist mit mehreren Äußerungen, die unzweifelhaft von Paulus herrühren, so sind wir wohl befugt, die Stelle einem anderen Juristen zuzuschreiben.[1]) Dabei kommt in erster Linie Vitellius in Betracht; doch darf man vielleicht auch an Sabinus denken.[2])

Die Überlieferung, die sich auf Paulus bezieht[3]), ist nach dem hier Gesagten frei von Widersprüchen. Doch weist sie offenbar große Lücken auf, und das Ergebnis der Untersuchung ist infolgedessen nur recht dürftig. Was oben auf S. 279 vorläufig behauptet wurde, hat sich als richtig bewährt. In Sachen des bedingten Eigentumslegates ist Paulus mit Sabinus einverstanden; dagegen verwirft er dessen Lehre — wie jetzt dargetan ist — durchaus beim unbedingten Vermächtnis *per vindicationem*. Darüber hinaus aber ist zuverlässig gar nichts zu ermitteln. Wie die Quellen lauten, darf man unserem Juristen mit gleichem Fug entweder die Ansicht der Proculianer oder die des Salvius Julianus unter-

[1]) Sollte Paulus eine Note beigefügt haben, so könnte sie von den Kompilatoren getilgt sein. — [2]) Ob auch Cassius (D. 33, 7, 12, 27) Noten zum Originalwerk des Vitellius geschrieben hat? Vgl. darüber P. Krüger a. a. O. 146, 45. Wegen der Noten des Aristo (D. 33, 9, 3, 1) verweise ich auf Lenel, Pal. 1, 61, 1 u. 1, 65, 2; dazu Bremer a. a. O. II, 2, 374f. 378. — [3]) Mit Absicht ist auf die Benutzung von Paul. lib. 22 ad edict. D. 9, 2, 14 verzichtet, obwohl dieses fr. an dem Platze, den es in Justinians Pandekten hat, — wegen des engen Zusammenhangs mit Jul.-Ulp. D. 9, 2, 13, 3 — nicht anders als im Sinne der Julianschen Lehre verstanden werden kann und demnach die Übereinstimmung zwischen Paulus und Julian dartun würde. Indessen ist die Beweiskraft der Stelle doch sehr gering, weil wir nicht wissen (vgl. Lenel, Pal. Paul. 361), ob der Gedanke des Verfassers sich mit dem deckte, was die Kompilatoren ihn aussprechen lassen. Auch entscheidet sich nicht einmal Paulus selbst für die Zulassung einer A. *legis Aquiliae* gegen den Erben, der den vermachten Sklaven — nach dem Erbantritt und vor der Agnition des Legatars — getötet hatte, sondern berichtet lediglich über ein *dictum est*, d. h. über ein Gutachten anderer, das, wie wir nur vermuten können, seinen Beifall hatte. Zum fr. 14 cit. vergleiche man noch oben S. 243 A. 1 und Ferrini, Riv. ital. per le scienze giur. 12, 172; zum fr. 13 § 3 D. 9, 2 unten S. 298—300.

schieben. Und noch ein Drittes wäre möglich: Paulus könnte seinen Standpunkt auch zwischen den eben genannten Systemen gewählt haben.

Wie man sieht, zeigt dieser Befund einige Ähnlichkeit mit dem Ergebnis, zu dem uns die Untersuchung der Fragmente des Marcellus geführt hat. Zur alten Sabinuslehre verhalten sich die zwei Juristen, die wir gegenüberstellen, in durchaus gleicher Weise: sie billigen und verwerfen genau dasselbe. Ebenso deckt sich bei ihnen der Stand der Überlieferung betreffs der Ablehnungsfrist des Julianschen Systems: der Erwerb durch Versäumnis ist bei keinem von beiden nachweisbar. Womit freilich nicht bestimmt gesagt sein soll, daß jene Frist nicht trotzdem vielleicht von éinem, vielleicht von beiden anerkannt war. Hat uns doch der blinde Zufall von den einzelnen Juristen bald Vieles bald Weniges zugetragen, oft Wichtiges unterdrückt und wieder leicht Entbehrliches mehrfach aufbewahrt. Darin aber steckt eine nachdrückliche Mahnung zur Vorsicht im Behaupten, wo immer es gilt, auf die Lehre eines Autors aus dürftigsten Resten seiner Schrift zu schließen.

Über Marcellus sind wir vergleichsweise gut unterrichtet; dagegen recht mangelhaft über Julius Paulus, obwohl auch der jüngere Jurist bei Justinian und im Breviar häufig genug vom Legatserwerb handelt. Bei der Durchsicht der Marcellusstellen hat sich nur éine wichtige Lücke gezeigt, während im übrigen die volle Übereinstimmung mit Julian für erwiesen gelten kann. Ganz anders aber ist der Eindruck, den auf den ersten Blick die Bruchstücke aus Paulus erwecken. Bei diesem Autor ist von den Eigentümlichkeiten der Julianschen Lehre nichts zu finden; alle seine Äußerungen ordnen sich ebensogut dem proculianischen System ein. Und vermutlich wird ein Leser, der erwägt, wie viel aus Julian, wie wenig aus Proculus zu ergänzen wäre, um ein Vollbild zu erhalten, eher geneigt sein, dem Juristen Paulus seinen Platz unter den Proculianern anzuweisen. Dennoch wäre ich nicht einverstanden, wenn man dieser Lösung als der wahrscheinlicheren den Vorzug geben wollte. Zwei Gründe, von denen der eine schon angedeutet ist, sind bestimmend für diesen Widerspruch.

Vor allem — meine ich — sollte man sich hüten, der sehr abgerissenen Überlieferung, die ihr Dasein dem Zufall verdankt, allzu großes Gewicht beizulegen im Vergleich mit dem unbestimmbaren Rest, der verloren ist. Diese unbekannten Stücke dürfen deswegen mit in Anschlag kommen, weil sie, ans Licht gebracht, den Eindruck vernichten könnten, den das jetzt Vorhandene hervorruft, auch wenn sie bloß ergänzenden Inhalts wären.

Und noch stärkere Bedenken knüpfen sich an die überraschende Gruppierung der Juristen, die für den Ausgang der klassischen Epoche anzunehmen wäre, wenn wirklich Paulus als Anhänger des proculianischen Systems gelten müßte. Das gegnerische Verhältnis zu Julian, aus dem unser Jurist gerade mit Vorliebe schöpft, hätte ihn auch zu Papinian in Gegensatz gebracht, und anderseits wären unter seinen Zeitgenossen Ulpian und Marcian berufen gewesen, den noch lebendigen oder vielleicht neu erweckten Proculianismus zu bekämpfen. Ferner müßte hiernach der Streit, von dem Gaius 2, 195 berichtet, die im ersten Jahrhundert gestifteten Schulen lange überlebt haben. Nur insofern wäre ein Einschnitt in oder nach der Zeit Hadrians zu machen, als damals auf der éinen Seite die Kämpfer allmählich durch eine jüngere Schicht abgelöst, die Altsabinianer durch die Schüler Julians ersetzt wurden. Zum Austrag aber wäre die Kontroverse übers Eigentumsvermächtnis in der klassischen Epoche niemals gekommen.

Alle diese Aufstellungen sind schlechthin unvermeidlich, wenn die Voraussetzung, von der wir ausgingen, richtig sein sollte. Doch werden wir jetzt wohl passend fragen, ob die Wahrscheinlichkeit solcher Behauptungen bestätigt, oder ob sie gemindert wird, wenn man Justinians Pandekten zu Rate zieht und auf das Verhalten der Kompilatoren zum Schulenstreite achtet. Hätten noch die letzten namhaften Juristen über die alte Frage in Gefechtstellung verhandelt, so müßte es Erstaunen erregen, daß eine Sammlung, die gerade überwiegend Auszüge aus den jüngsten [1]) Klassikern bringt, keine

[1]) Nichts Erhebliches ist über Modestins Stellung bekannt. Wenn wir in dem Buche *de praescript.* 169 D. 5, 2, 12 pr. *legatum adgnoscere* lesen, so kann dieser Ausdruck hier noch weniger als bei Paul. D. 5, 2



Spur einer solchen Debatte aufweist. Und nicht weniger befremdend wäre die Zurückhaltung des Kaisers, der sonst so eifrig war, den gelehrten Zank der berühmten Autoren zu befrieden. Selbst wenn die Praxis der nachklassischen Zeit, vor oder nach dem Zitiergesetz, dem vermuteten Streit zwischen Paulus und Ulpian ein Ende gemacht hätte, — z. B. durch Betonung der Autorität Papinians — selbst in diesem Fall wäre eine Weisung des Kaisers, welche Ansicht für die Pandekten vorzuziehen sei, durchaus am Platze gewesen. Allein wir wissen nichts von einer Dezision solchen Inhalts; und auch das Verhalten der Kompilatoren, mochten sie nun gebunden sein oder frei entscheiden, läßt durchaus nicht darauf schließen, daß sie beim Eigentumslegat eine Frage vorfanden, die zur Zeit der jüngsten und meistbenutzten Juristen noch in Schwebe war, oder die gar im 6. Jahrhundert noch einer letzten Überprüfung bedurfte. Die auffallende Gleichgültigkeit und Sorglosigkeit Tribonians wie seiner Genossen wird am ersten begreiflich, wenn man sie als Anhänger Julians und seiner Nachfolger: des Papinian und Ulpian betrachtet, — deren Aussprüche in der Tat im Gesetzbuch weit überwiegen — wenn man ferner voraussetzt, daß sich diese Parteinahme der Kommission mit Notwendigkeit aufdrängte, weil der Schulenstreit in der Zeit der Spätklassiker schon erledigt war, und die siegreiche Ansicht seither ohne Anfechtung ihre Herrschaft bis auf Justinian behauptet hatte. Glaubten hiernach die Kompilatoren ein Mißverständnis seitens der Praxis nicht fürchten zu müssen, so mochten sie auch weniger ängstlich sein bei der Aufnahme von Texten aus Schriften, deren Übereinstimmung mit Julian nicht außer Zweifel war.

Auf die Frage aber, die den Anlaß geboten hat zur vorstehenden Erörterung, dürfte nunmehr eine halbwegs begründete[1]) Antwort gefunden sein, die nur so lauten kann: Julius Paulus ist trotz des trügenden Scheines nicht den

31, 3 (s. oben S. 280 A. 1) für unsere Zwecke benutzt werden. Beim bedingten Legat schreibt Modestin (269 D. 31, 32, 1) mit Sabinus dem Erben das Eigentum während der Schwebezeit zu. — Florentin 34 D. 30, 116, 1 ist in anderem Zusammenhang zu untersuchen.

[1]) Vgl. auch noch unten S. 291.



Proculianern, sondern mit größerer Wahrscheinlichkeit den Anhängern Julians zuzugesellen. Doch dürfen um deswillen Abweichungen in einzelnen Punkten nicht für ausgeschlossen gelten, hier sowenig als bei Marcellus.

VIII.

Julians Lehre bei Papinian, Ulpian, Marcian. — Zwei Erwerbsformen zur Wahl. — Der Erwerb *ex lege*. — Pomp. D. 12, 1, 8. — Ulp. D. 9, 2, 13, 3.

Im folgenden ist die oben (S. 265) abgebrochene Untersuchung der Julianschen Lehre wieder aufgenommen und zu Ende geführt. Den Quellenstoff hierzu liefern hauptsächlich die spätklassischen Schriftsteller.

Aus den Werken der zuletzt besprochenen jüngeren Juristen: des Terenz, Marcellus und Paulus sind — wie sich gezeigt hat — nur solche Fragmente erhalten, die den Erwerb des legierten Eigentums mit einer Handlung des Bedachten verknüpfen. Aus Julian aber kennen wir bereits eine zweite, mit gleicher Rechtsfolge ausgestattete Art: das Stillschweigen des Legatars während der Ausschlagungsfrist. Erwünscht wäre freilich noch ein Zeugnis, das besonders hinweist auf die Wahl zwischen den zwei gleich wirksamen Erwerbsformen. Denn die Fragmente aus Julian erwähnen durchaus entweder bloß die eine oder bloß die andere Art, Eigentümer zu werden. Auch Papinian fördert uns nicht weiter. In der bekannten Stelle aus den Definitionen (44 D. 31, 80)[1]) ist das *non repudiare* die den Erwerb vermittelnde Tatsache, im fr. 22 pr. D. 40, 5[2]) aus dem 22. Buch der Quaestionen

[1]) Erläutert oben S. 253—255. Von dem *non repudiare* des fr. 80 cit. durchaus verschieden ist das *abstinere* bei Pap. 292 D. 31,70 pr. (= *non percipere*). Auch dürfte a. a. O. ein in zweifacher Form angeordnetes Legat vorausgesetzt sein, worauf die Mehrzahl: *actionibus* hinweist. — [2]) Daß Papinian sich das *fundi legatum* als Verfügungsvermächtnis dachte, ist mir nicht zweifelhaft. Fraglich aber ist es, ob *adgnoscere* im fr. 22 cit. nicht die Annahme durch Versäumnis des Widerspruchs mit einschließen soll; vgl. auch oben S. 264. Auffallen muß l. c. das dreimalige *adgnoscere;* das zweite, das sich auf die *decem pretii nomine relicta* bezieht, könnte als Ersatzwort von den Kompilatoren eingefügt sein (?).

(303 L.) das *adgnoscere.*[1]) Dagegen bieten zwei Texte von noch jüngeren Juristen, die schon wiederholt in Bezug genommen sind, gerade das, was wir suchen, und bestätigen auch sonst sehr deutlich mehrere der früher gemachten Aufstellungen.

Nach den vorausgeschickten Erörterungen wird es jetzt keine Mühe kosten, mit wenigen Bemerkungen den Inhalt dieser Zeugnisse ganz auszuschöpfen. Das eine ist von Ulpian (2627) aus dem 22. Buche ad Sabinum (D. 30, 44, 1):

> *Si quis rem sibi legatam ignorans adhuc legaverit*[2]), *postea cognoverit et voluerit ad se pertinere, legatum valebit, quia, ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est: si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis*[3])

das andere von Marcian (230) aus dem 2. Buche der regulae (D. 34, 5, 15):

> *Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex post facto retro ducitur et apparet, quid actum est. ut ecce si res legata fuerit et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit: nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est, si vero repudiaverit, valet. tantundem est et si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres: nam si quidem non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit, si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur. quid ergo, si consumpta fuerit pecunia? utique idem erit ex eventu dicendum.*

„Wenn jemand eine ihm dinglich vermachte Sache (nach dem Tode des Testators und nach dem Erwerb der Erb-

---

[1]) Das außergerichtliche *vindicare (legatum)* hat Papinian vielleicht in dem Gutachten bei Gordian C. I. 6, 37, 12, 1 im Auge, das ein Präzeptionslegat betrifft. Diese Annahme bleibt möglich, auch wenn das Reskript des Kaisers, welches anscheinend durch einen bevorstehenden Prozeß veranlaßt ist, das fragliche Wort (c. 12 pr.: *vindicari posse*) anders deuten sollte. — [2]) P. Krüger meint, Ulpian habe geschrieben: *per vindicationem leg.* Doch war der Zusatz kaum nötig; vgl. oben S. 230 A. 3. — [3]) Jeder Versuch, fr. 44, 1 cit. befriedigend auszulegen, mußte scheitern, solang nur die Wahl gegeben war zwischen dem System des Sabinus und dem des Proculus; vgl. etwa Arndts-Glück, Pand. 48, 284 f., Ferrini, Legati 398 f.

schaft), ohne zu wissen, daß er bedacht sei, durch Verfügung weiter vermacht, hierauf Kenntnis von der Anordnung des Erblassers erhalten und den Entschluß geäußert hat, die Sache haben zu wollen, so wird das zweite Legat gültig sein, weil schon dann, wenn der Bedachte nur nicht abgelehnt hat, die Sache nach rückwärts, u. z. vom Zeitpunkt des Erbschaftsantrittes ab, als ihm gehörig angesehen wird. Hat er dagegen das Vermächtnis zurückgewiesen, so gilt die verschmähte Sache nach rückwärts als Eigentum des Erben."

Diese Übersetzung des Ulpiantextes will vor allem für jedes Vindikationslegat die rechtliche Zulässigkeit von zwei verschiedenen Erwerbsformen, der tätigen und der leidenden, erweisen; und sie will zugleich das Fragment schützen gegen den naheliegenden Versuch, ihm die Worte: *ubi ... non repudiavit,* sei es als Glossem, sei es als Einschaltung der Kompilatoren, zu entreißen.

Nur um weniges geringer ist der Beweiswert des oben neben fr. 44, 1 abgedruckten Textes. Anders als Ulpian führt Marcian statt éines zwei Fälle an; doch unterscheiden sich die von ihm als Beispiele gewählten Legate lediglich im Gegenstand. Das eine Mal ist eine *res,* das andere Mal *pecunia* dinglich vermacht. Beide Legatare erwerben zweifellos unmittelbar Eigentum: der erste durch *velle habere,* der zweite durch *non repudiare.*[1]) Da nun gewiß die Beschaffenheit der vermachten Sache nicht der Grund sein kann, weshalb hier die eine, dort die andere Erwerbsform genannt ist, so werden wir sagen müssen: der Jurist erwähnt zwei Formen, weil er bei guter Gelegenheit auf die Mehrheit der Erwerbsarten und auf die Befugnis des Bedachten hinweisen wollte, nach freier Wahl die eine oder andere anzuwenden.

Nicht gesichert gegen Anfechtung ist übrigens die Annahme, daß Ulpian und Marcian das *velle ad se pertinere* und *velle habere* scharf absondern vom *non repudiare.* Die Frage ist wohl angebracht, ob die von beiden Juristen vorangestellten Phrasen nicht auch solche Fälle einschließen, wo der Erwerbswille nur durch wissentliche Unterlassung des

[1]) Auch *adgnoscere legatum* kommt bei Marcian vor: 62 D. 37, 14, 3.

Widerspruchs geäußert ist. M. E. hat die bejahende Antwort einige Wahrscheinlichkeit und gerade in unserem Ulpiantext eine gute Stütze. Denn die darin gegebene Begründung *(quia ... adita est)* müßte als fehlerhaft gelten, wenn der dazwischen geschobene Satz: *ubi ... non repudiavit* die Merkmale des zu beurteilenden Falles dermaßen verändern würde, daß nunmehr die Entscheidung: *legatum valebit* auf einen Tatbestand zu beziehen wäre, der in seiner zweiten Hälfte auch nicht zum Teil übereinstimmt mit dem Rechtsfall, den der Bedingungssatz *si quis* zur Erörterung stellt. Ist aber durch das *velle ad se pertinere* und Ähnliches — wenn es aus der Feder der Spätklassiker kommt — auch ein beträchtlicher Teil solcher Erwerbsfälle gedeckt, die das bloße *non repudiare* zur Grundlage haben, so dürfen wir jetzt mit noch besserem Recht für die oben bezüglich der Parteistellung des Paulus verteidigte Ansicht eintreten. Es wird ja wohl erlaubt sein, mit Hilfe Ulpians die Ausdrucksweise eines Zeitgenossen aufzuklären. Deuten wir aber die Phrasen, die bei Paulus den Legatserwerb anzeigen, in etwas weiterem Sinne, so weisen sie nicht länger auf das System des Proculus hin.

Nun ist freilich noch aufmerksam zu machen auf einen Punkt, an dem man Anstoß nehmen könnte. Julians Lehre, wie sie oben geschildert ist, schließt einen ungewollten Erwerb nicht schlechthin aus. Sie verlangt zwar beim Bedachten Kenntnis vom Anfall des Vermächtnisses, läßt aber, wie es scheint, die Ausschlagungsfrist selbst dann zu Ende gehen, wenn die Ablehnung beabsichtigt war und nur aus Nachlässigkeit unterblieben ist. So wenig Fälle dieser Art undenkbar sind, so selten wird es irrig oder nur voreilig sein, vom Stillschweigen auf den Erwerbswillen zu schließen. Auch entspricht es weit mehr römischer Weise, den hie und da fehlenden Willensakt zu ergänzen, als umgekehrt von ganz seltenen Vorkommnissen auszugehen und darnach beim Legat den Tatbestand des Erwerbs so zu formen, daß der in den meisten Fällen wirklich auf Annahme gerichtete Wille für die rechtliche Betrachtung ausscheidet.

Nicht widerlegt wird die Triftigkeit dieser Erwägung durch den bekannten Satz im Regelbuch Ulpians 19, 17:

Lege nobis adquiritur velut caducum vel ereptorium ex lege Papia Poppaea, item ***legatum*** *ex lege duodecim tabularum, sive mancipii res sint sive nec mancipii.*

Wenn wir heute gewohnt sind, von einem „gesetzlichen“ Erwerb im engeren Sinne zu reden, wo das Ereignis, welches das Recht begründet, nicht eine parteiliche oder richterliche Willensäußerung ist, so darf man darin keineswegs eine getreue Nachbildung der römischen Ausdrucksweise erblicken, die in manchen Fällen den Erwerb aus der *lex* hervorgehen läßt. Für die Erkenntnis des Entstehungsgrundes eines subjektiven Rechtes ist in Wahrheit nicht das mindeste geleistet, wenn als solcher in den Quellen eine *lex* genannt wird. Denn dieses Wort zeigt ja lediglich etwas Anderes an: nämlich die Herkunft des Rechtssatzes, der die zweite und entferntere Grundlage des Erwerbes bildet. Alles, was oben S. 281 f. über das römische *ipso iure* und die häufige Mißdeutung dieses Ausdrucks bemerkt ist, gilt im selben Maße auch hier. Das Einzige, was ein Autor dem Leser bietet, wenn er gegen die Logik die *lex* in éine Reihe setzt mit anderen Entstehungsgründen von Rechten, ist das Bekenntnis, daß hier ein juristisches Ereignis in Frage steht, für welches keine passende Bezeichnung hergebracht, und das verschieden ist von den anderen daneben angeführten Tatsachen. Diese vollkommene Hohlheit des Erwerbes „durch die *lex*“ ist gerade für und aus Ulpian leicht darzutun.

Im selben Kapitel des Regelbuchs, das den oben abgedruckten Satz enthält, ist (im § 2) eine Übersicht der Arten, wie Eigentum entsteht, voraufgeschickt.

Singularum rerum dominium nobis adquiritur mancipatione traditione usucapione in iure cessione adiudicatione lege.

Ulpian kann hier mit dem Wort *lege* nicht wohl den eigentümlichen Sinn eines Erwerbes verbinden, der ohne Willensakt der Beteiligten vor sich geht, weil unter den aufgezählten und vom Legalerwerb abgesonderten Arten auch die *usucapio* erscheint, die gewiß keine auf Eigentumsgewinn gerichtete Absicht verlangt. Noch deutlicher aber zeigt der § 17 selbst, daß wir es mit einer bloß zur Aushilfe aufge-

stellten und im übrigen nichtssagenden Kategorie zu tun haben. Denn Ulpian belehrt seine Leser ausdrücklich, wie er es meint, wenn er den Legatar *lege* Eigentum gewinnen läßt. Die *lex* — bemerkt er — sei hier eine Bestimmung der Zwölftafeln. Er denkt also nur an den letztlich zugrunde liegenden Rechtssatz und enthält sich jeder Aussage über die Natur der den Erwerb vermittelnden Tatsache. Demnach steht auch das Regelbuch in keinerlei Widerspruch mit den Fragmenten der Pandekten, welche die Parteistellung Ulpians bezeugen. [1])

Wie genau aber dieser Jurist und demnächst auch Marcian der Lehre folgen, die von Julian ausgeht, das ist aus den zwei mitgeteilten Texten mit aller Sicherheit zu ersehen. Wenn Ulpian im fr. 44, 1 die Gültigkeit des zweiten Vermächtnisses abhängig macht vom Wissen und vom Annahmewillen des ersten Legatars, und wenn er ausdrücklich wie der Ablehnung [2]) so auch dem Erwerbsakt rückwirkende Kraft zuschreibt, so setzt er sich augenscheinlich beide Male in Widerspruch mit dem System des Sabinus. Anderseits stimmt seine Ausführung ebensowenig überein mit der Lehre des Proculus, da diese das dingliche Recht des Legatars niemals durch bloße Versäumnis der Ausschlagung entstehen läßt und auch das Zurückdatieren des erworbenen Eigentums nicht kennt. Dagegen sind alle diese Punkte, in denen die Abweichung von den genannten älteren Systemen hervortritt,

---

[1]) Nach dem oben Gesagten wird man — glaube ich — gerne auf die Behauptung verzichten, Ulpian habe den § 17 cit., ohne viel zu überlegen, aus dem von ihm bearbeiteten „Schulbuch" der Altsabinianer übernommen. — [2]) Für die Rückziehung der Ausschlagung vergleiche man noch Ulp. 2568 Vat. Fr. 84 (ähnlich D. 40, 1, 2): . . . *si heres deliberante legatario manumittat, mox legatarius repudiaverit, nam et hoc casu liberum fore ait* und Ulp. 93 D. 40, 2, 3: *Si heres servum legatum manumittat, mox repudiet legatarius, retro competit libertas. idemque est et si duobus pure servus legetur et post alterius manumissionem alter repudiaverit: nam et hic retro libertas competit.* (S. auch oben S. 272 A. 1—3.) Was fr. 3 cit. über die Freilassung sagt, die von einem Miteigentümer ausgeht, ist durchaus im Einklang mit Julians Theorie. Dagegen mußten für einen Anhänger des Sabinus erhebliche Schwierigkeiten aus dem Rechtssatz entstehen, den Ulpian im Regelbuch 1, 18 und übereinstimmend auch Paulus sent. 4, 12, 1 (dazu Dosith. 10) überliefert.

ebensoviele Belege für den engsten Anschluß Ulpians und — wie fr. 15 cit. zeigt — auch Marcians an Salvius Julianus, den mutmaßlichen Urheber der dritten, jüngeren Lehre.

Die Ausführung, welche die Pandekten a. a. O. aus Marcians „Regeln" überliefern, will das Wesen der reinen Pendenz bestimmen und es an Beispielen genauer erläutern. Den rechtlichen Schwebezustand bezeichnet der Verfasser als eine *res dubia*: als ein zunächst nicht erkennbares, verhülltes Ding, das aber durch einen später eintretenden Umstand auch für die Vergangenheit aufgeklärt wird. Der Versuch, die besagte Rechtserscheinung in einem Bilde zu versinnlichen, ist gewiß nicht erst von Marcian unternommen; denn dieselbe Auffassung begegnet schon bei Papinian (574 D. 7, 1, 57 pr.) und ist vermutlich noch viel älteren Ursprungs.[1]) Besonders Julian könnte leicht das von den Späteren benutzte Muster geliefert haben, da auch er (498 D. 7, 1, 25, 1) in einem Pendenzfall von der „deklarierenden"[2]) Wirkung des nachkommenden Ereignisses redet.

Indessen kümmert uns ja nur das im fr. 15 cit. angeführte Beispiel: nur die Eigentumsschwebe, die, wie Marcian darlegt, anzunehmen ist für die Zeit vom Eintritt des Erben bis zur Entscheidung über Erwerb oder Nichterwerb der dinglich vermachten Sache. Und hier wenigstens ist die genaue Befolgung der Julianschen Lehre, mag sie unser Jurist vom Urheber selbst oder aus zweiter Hand haben, keinem gegründeten Zweifel ausgesetzt. Um diese Überzeugung zu gewinnen, braucht man bloß Marcians fr. 15 mit zwei bekannten Julianstellen zusammenzubringen, von denen die eine: 489 D. 30, 86, 2 nach dem früher Gesagten keiner weiteren Erläuterung bedarf, während die zweite: 147 D. 12, 1, 8 in den Pandekten so mangelhaft überliefert ist, daß nicht einfach auf den Wortlaut verwiesen werden kann.

---

[1]) Spuren finde ich bereits bei Javolen (8) lib. 2 ex Cassio D. 33, 5, 14 *(... tunc liber ostenditur)* und Pomp. 729 D. 46, 4, 12 *(... id factum apparebit)*. Dagegen ist m. E. die Echtheit von Paul. 1398 D. 46, 3, 98, 3 in f. sehr fraglich. — [2]) Diese Ausdrucksweise, die Fitting angenommen und sogar zur Grundlage der Rückziehungslehre gemacht hat, ist in neuerer Zeit heftig befehdet: von E. I. Bekker, Regelsberger, jüngst auch von K. Hellwig.



Nach der Überschrift stammt dieses Fragment aus *Pomponius libro sexto ex Plautio.* Daher haben wir bei der Bestimmung des Verfassers die Wahl, den ersten und zweiten Satz der Stelle entweder dem Plautius oder Pomponius zuzuschreiben [1]); während der dritte, der eine Bemerkung Julians enthält, wohl sicher eine spätere Einschaltung ist, die vom Herausgeber des Werkes herrührt. [2])

Behandelt ist im fr. 8 die Pendenz der *mutui datio* oder richtiger: der aus ihr hervorgehenden Obligation. Wie der Verfasser ausführt, wird zuweilen erst durch einen Umstand, der der Hingabe des Darlehns nachfolgt — bald mit, bald ohne Rückwirkung — der Übergang des Eigentums an den Empfänger und folglich auch die Geltung der Obligation entschieden. Im zweiten Satz, den wir besonders beachten müssen, ist vorausgesetzt, daß der Erbe eine durch Verfügung vermachte Geldsumme verborgt hat. Lehnt hier der Bedachte das Legat ab, so gilt nun der Erbe als Eigentümer des Geldes, u. z. vom Zeitpunkt des Erbschaftserwerbes an. Demzufolge ist auch das mit diesem Gelde begründete Darlehn rechtswirksam. Dürfen wir als Verfasser den Herausgeber Pomponius annehmen, so hat dieser der Antwort auf die gestellte Frage wahrscheinlich die altsabinische [3]) Ansicht zugrunde gelegt und demnach die *pecunia*, bis zur Ausschlagung, dem Legatar zugebilligt. Doch hätte er auch als Anhänger Julians — freilich mit anderer Begründung — ebenso entscheiden müssen.

Nun aber folgt der Schlußsatz [4]):

> *nam Iulianus ait et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum aut adpositum.*

Dieser Text ist offenbar mehrfach zerrüttet. Vor allem steht jetzt das *et* nicht am richtigen Platz. Erwarten würde man gewiß eher: *nam et Iulianus ait.* Doch ergibt sich eine

---

[1]) Bremer, Iurisprudentia II, 2 hat D. 12, 1, 8 nicht unter die Plautiusfragmente aufgenommen, teilt die Stelle also dem Pomponius zu — wie ich vermute, mit Recht. — [2]) Rudorffs Behauptung, Röm. Rechtsgeschichte 1, 184 weist Ferrini, Rendic. del R. istit. Lomb. Ser. II vol. 18 fasc. 18 (1885) p. 16 f. zurück. — [3]) S. oben S. 233—235. — [4]) Vgl. Lenel, Paling. 1, 340, 1—3 u. 2, 82, 4 f.



annehmbare Erklärung, wenn man voraussetzt, daß die Kompilatoren in der Urschrift *mancipationes et traditiones* vorfanden. Das *et*, das sie ebenfalls hätten streichen sollen, wäre also aus Versehen in die Pandekten übernommen.

Zweifellos unhaltbar sind ferner die letzten Worte der Stelle. Wer mit Lenel das *aut* ausmerzt, gewinnt zwar rasch einen lesbaren Text, schafft aber gerade dasjenige Stück weg, dessen Herkunft ganz unbegreiflich wäre, wenn es nicht für echt gelten dürfte. Und außerdem ist doch das überlieferte *adpositum* nur als überflüssiges Flickwort gerettet. Wesentlich anders wird sich der Versuch anlassen, den Text zu verbessern, wenn wir von der oben geschilderten Lehre Julians ausgehen. Dieser zufolge hat wie die Ausschlagung so die Erwerbstatsache rückwirkende Kraft. Das éine Ereignis tritt ein oder *(aut)* das andere, und je nachdem entsteht nach rückwärts Eigentum bald für den Erben, bald für den Legatar. Hiernach aber werden wir *aut* beibehalten und lieber das verdächtige *adpositum* für verschrieben erklären. Unsicher bleibt es freilich, welches Wort der Jurist gebraucht haben mag. Doch dürfte es vom Richtigen kaum weit abliegen, wenn wir das *adpositum* der Pandekten durch *adquisitum* ersetzen — wie Cujas will — oder durch *admissum*.[1]) Falsch wäre es, diesen Vorschlag um deswillen zu verwerfen, weil vorher im fr. 8 nur von der Ablehnung des Legates die Rede ist, nicht vom Erwerb. Denn gewiß lag es sehr nahe, der Lösung der Pendenz in beiden Richtungen zu gedenken. Und wenn hier Pomponius — was recht wahrscheinlich ist — nicht durchaus einerlei Meinung war mit dem Autor, den er anführt, so wird er seinen Vorbehalt wohl in einem weiteren Satz ausgesprochen haben, den die Kompilatoren wegschnitten.

Übrigens bietet sich noch eine andere Erklärung dar. Als Anhänger der reinen Sabinuslehre ist uns Pomponius aus einem seiner ältesten Werke: aus den *libri ad Sabinum* bekannt. Dagegen sind die Bücher *ex Plautio* sicher erst nach

---

[1]) Nach Gai. 2, 200. Wegen der kritischen Versuche zum fr. 8 cit. vergleiche man Dirksen, Zivil. Abhandlungen 1, 363, Blume, Rhein. Museum f. Jurispr. 4, 385 f.



Hadrians Tod entstanden.[1]) Undenkbar ist es nicht, daß der Herausgeber des Plautius, der in seinem Jugendwerk nur zwischen Sabinus und Proculus zu wählen hatte, in späteren Jahren der inzwischen aufgestellten Lehre des hochangesehenen Julian den Vorzug gab.

Endlich sind noch die Worte des fr. 8 ins Auge zu fassen, mit denen Pomponius über Julians Ansicht berichtet. Nach dem einleitenden *nam* darf der Leser füglich erwarten, daß der nun folgende Ausspruch des angerufenen Juristen den Inhalt des vorhergehenden Satzes bestätigen werde. Julian sollte also im Fall der Ablehnung des Legats die vom Erben vorgenommenen (Manzipationen und) Traditionen ebenso beurteilen wie der Verfasser des zweiten Satzes: er sollte sie für rechtswirksam erklären, weil der Erbe vom Antritt der Erbschaft ab als Eigentümer anzusehen ist. Der Pandektentext aber sagt zu unserer Überraschung etwas Anderes. Statt das Datum zu bezeichnen, von dem ab der Erbe als Eigentümer zu gelten hat, bestimmt er für die „Traditionen", d. h. für das, was sie wirken, m. a. W. für das Eigentum z. B. des Darlehnsempfängers als Anfangspunkt schon den Augenblick des Erbantritts — der natürlichen Ordnung zuwider. Was diese Künstelei für praktische Folgen haben soll, und wie sie zu rechfertigen wäre, das wird schwerlich jemand herausfinden wollen. Meines Erachtens war Julians Absicht auf nichts Anderes gerichtet, als was in voller Klarheit in den D. 30, 86, 2 dargelegt ist. Das fr. 8 aber bringt diesen Gedanken in durchaus mißverständlicher Weise zum Ausdruck.

Wer es war, von dem die Verwirrung herstammt, das ist schwer zu sagen. Julian selbst ist wohl dem Verdacht am wenigsten ausgesetzt. Nach ihm kommt zuerst der Berichterstatter Pomponius in Betracht, zuletzt die Justinianische Kommission. Ihr wird man vielleicht den irreführenden Text am ehesten schuld geben, da sie überaus häufig die Vorlagen gekürzt und zusammengezogen hat, und der Schlußsatz des fr. 8 sehr wohl durch ungeschickte Kürzung in die jetzige Form gebracht sein kann. Doch sind natür-

---

[1]) Vgl. P. Krüger, Quellen 174 f., Fitting, Alter² 35—37. 39 f.



lich Zufälligkeiten anderer Art als Ursache keineswegs ausgeschlossen. So könnte man als Urgrund ein altes Schreiberversehen in den *libri ex Plautio* annehmen, welches ein unkundiger Korrektor dadurch zu beseitigen suchte, daß er den Worten Julians die uns überlieferte Fassung gab. Die Byzantiner ihrerseits hätten in die Pandekten nur dén Text eingetragen, den sie bei Pomponius fanden, und der ihnen — bei der eiligen Arbeit — nicht als unhaltbar auffiel.

Ein drittes Bruchstück aus Julians Schriften (824), das, wie Marcians fr. 15, auf die zweifache Rückwirkung hinweist, die sich beim Verfügungsvermächtnis an das Verhalten des Bedachten anknüpft, ist in Ulpians Ediktskommentar B. 18 erhalten (615 D. 9, 2, 13, 3):

> *Si servus legatus post aditam hereditatem sit occisus, competere legis Aquiliae actionem legatario, si non post mortem servi adgnovit legatum: quod si repudiavit, consequens esse ait Iulianus dicere, heredi competere.*

Dieses Zeugnis ist oft genug das Opfer gewaltsamer Mißdeutung geworden, da man[1]) immer wieder versucht hat, es in Einklang zu bringen mit der alten Sabinuslehre. Wer unbefangen liest, wird für den Erwerb des Legatars, der zurückzubeziehen ist auf die Zeit des Erbantritts, eine *adgnitio* verlangen, die nur in dem Fall nicht gelten soll, wenn sie später eintritt als der Tod des vermachten Sklaven. Hiernach müßte der Bedachte als Eigentümer kraft Rückziehung selbst dann Aquilischer Gläubiger werden, falls sich sein Erwerb erst nach der tödlichen Verwundung, aber bei Lebzeit des Stichus vollendet hätte. Dagegen ist im Fall der Ablehnung des Legats immer der Erbe forderungsberechtigt aus der Aquilia, mag auch die Eigentumsschwebe

[1]) So Fitting, Archiv f. ziv. Pr. 42, 164, Pernice, Sachbeschädigungen 187 f., Arndts-Glück, Pand. 48, 312—15, Salkowski-Glück, Pand. 49, 168 f. — Unrichtig auch Ferrini, Legati 394 f. und Riv. it. per le scienze giur. 12, 171 f., der fr. 13 § 3 von einem Damnationslegat versteht und für interpoliert erklärt. Über einen unannehmbaren Emendationsvorschlag von A. Longo berichtet Schneider, Münch. krit. Vtljschr. 33, 59 f. Vgl. endlich noch A. Vanni in den Studi F. Serafini (Firenze 1892) 175—180, Steinlechner, Erbrecht 2, 206 f.

zu seinen Gunsten sich erst entschieden haben, als der Sklave bereits gestorben war.

Dies der Inhalt des fr. 13, 3, wenn der Text hingenommen wird, wie ihn der Florentinus bietet. Über Julians Lehre erfahren wir — bis auf éinen Punkt — nichts Neues. Wer es rügen wollte, daß der Jurist den Legatserwerb durch Stillschweigen nicht erwähnt, der wäre zu erinnern an das, was oben S. 264 über die umfassende Bedeutung von *adgnoscere* gesagt ist. Sicher schließt dieses Wort auch die Erwerbsart durch *non repudiare* ein. Bedenklicher aber ist der nachhinkende Bedingungssatz, der der *adgnitio* die Wirkung versagt, wenn sie zu spät: *post mortem servi* erfolgt. Hätte ein Prokulianer diese — nicht ganz billige — Entscheidung getroffen, so dürften wir uns freilich gar nicht wundern. Denn gegenwärtiges Eigentum kann natürlich durch Aneignung nicht entstehen, wenn das zu begründende Recht im Augenblick der Erwerbshandlung kein Objekt mehr vorfindet. Julian aber, der Autor des fr. 13, 3, war nicht gezwungen, der Legatsannahme, die dem Wegfall der Sache nachfolgt, jede Rechtsfolge abzusprechen. Mit einiger Kühnheit konnte er ihr beschränkte Wirkung in der Weise beilegen, daß der Legatar für die Zeit vom Erbantritt bis zum Tode des Sklaven — also für die Vergangenheit — als Eigentümer des Stichus zu gelten habe.

Ob Julian in der Tat so entschieden hat, und ob wir befugt sind, den florentinischen Text — mit Mommsen und anderen Herausgebern[1]) — durch die Streichung des *non* zu verbessern, das ist eine Frage, die kaum mit Sicherheit zu beantworten ist. Immerhin gibt es eine Erwägung, die geeignet scheint, die Annahme einer Textverderbnis kräftig zu stützen. Fr. 13, 3 weist nämlich so, wie es überliefert ist, eine Lücke auf. Berücksichtigt ist darin der Fall des *adgnoscere* und des *repudiare.* Wie aber ist es zu halten, wenn der Sklave während der Überlegungsfrist gestorben ist, und der Bedachte weder vorher angenommen, noch nachher abgelehnt hat? Nach unserem Texte soll ja das *adgnoscere*

[1]) Statt *si non* hat Hal. *si modo,* was Noodt und Fitting billigen; Mommsen schlägt *si vel* vor. Die Basiliken bestätigen den flor. Text.



post mortem servi, mag es durch ausdrückliche Erklärung oder durch Stillschweigen geschehen, rechtlich ohne Wirkung sein. So leicht die Antwort zu erraten ist, die der Jurist auf unsere Frage erteilt hätte, so schwer fällt es, ihm einen so ungenügenden Ausdruck seiner Gedanken schuld zu geben. Auch ist es eine seltsame Anomalie, wenn dem Legatar nach dem Wegfall der vermachten Sache die Fähigkeit bleiben soll, wirksam auszuschlagen, während er doch unfähig ist, wirksam anzunehmen.[1])

Wie man sieht, führt der florentinische Text zu Ergebnissen, die kaum haltbar sind. Und diese Schwierigkeiten mochten doch stärker ins Gewicht fallen als die theoretischen Bedenken, die Julian überwinden mußte, wenn er sich entschloß, das Eigentum des Legatars zurückzudatieren, obwohl dieses Recht als gegenwärtiges niemals, auch nicht im Augenblick der Adgnition, ins Dasein getreten war.

Um aber den Vorwurf abzuwehren, daß die Änderung der überlieferten Lesart einen römischen Juristen mit einem abenteuerlichen Gedanken belaste, dazu genügt die Hinweisung auf das schon früher (S. 273) erläuterte fr. 34 D. 9, 2 von Marcellus. Hier und dort steht ein Vindikationslegat des Sklaven Stichus in Frage, den ein Dritter nach dem Erbantritt getötet hat. Nur sind bei Marcellus nebeneinander zwei Personen bedacht: Titius und Seius. Der erstere erklärt noch bei Lebzeit des Stichus, das Legat haben zu wollen. Seius dagegen lehnt erst ab, nachdem der Sklave schon gestorben war. Der berichtende Jurist aber läßt nicht bloß die Ausschlagung gelten, sondern setzt unverkennbar auch die Möglichkeit wirksamer Annahme voraus. Wer also festhalten wollte am florentinischen Texte des fr. 13, 3, müßte neben anderem auch noch eine Meinungsverschiedenheit zwischen Julian und Marcellus in Kauf nehmen, die nicht sehr wahrscheinlich ist.

---

[1]) Vom berufenen Erben sagt Paulus l. 2 ad Sab. 1616 D. 29, 2, 18: *Is potest repudiare, qui et adquirere potest.*

IX.

Scheinbar widersprechende Zeugnisse. — Ulp. Vat. Fr. 75 und D. 7, 2, 1, 1. — Jul. D. 30, 91, 6.

Bei der Entwickelung des Julianschen Schwebesystems, das schon durch fr. 86 § 2 D. 30 völlig gesichert ist, haben sich bisher nirgends Hindernisse ergeben. Doch sind allerdings zwei Aussprüche der Quellen zu nennen, von denen der Schein ausgehen könnte, als ob der Jurist seiner Lehre nicht immer treu geblieben wäre. Das éine Zeugnis ist zweimal überliefert: einmal sehr verstümmelt in den Vat. Fr. 75; sodann vollständig, doch etwas verändert in den D. 7, 2, 1, 1. An beiden Orten stammt der Juliansche Text aus Ulpians 17. Buche ad Sabinum.

> *Denique apud Iulianum libro trigensimo quinto digestorum* (502 L.) *quaeritur, si communi servo usus fructus sit relictus et utrique domino adquisitus, an altero repudiante vel amittente usum fructum alter totum habeat: et putat ad alterum pertinere, ...* [1])

Nach der Lehre Julians ist eine Ablehnung des Legats nur während der Schwebezeit möglich; der Bedachte kann also den vollendeten Erwerb nicht rückgängig machen. [2]) Entgegengesetzt lautet die Entscheidung des Sabinus und seiner Schüler: bekanntlich gestatten diese dem Legatar die Aufhebung des schon erworbenen dinglichen Rechts mit Rückziehung. Nun scheint aber Julian in dem abgedruckten Texte zur hergebrachten Schulansicht zurückzukehren. Denn er läßt einen der zwei Miteigentümer des bedachten Sklaven den legierten Nießbrauch „ausschlagen“, während doch vorher von eben diesem Usufruct gesagt ist: er sei *utrique*

---

[1]) Das Weitere kümmert uns hier nicht. Julians Entscheidung steht im Widerspruch mit Celsus 158 D. 31, 20. In welcher Weise sie von Ulpian (Vat. Fr. 75) — nicht ohne Bedenken — aufrecht erhalten ist, darüber s. Bruns, Quid conferant Vat. Fr. 109, Arndts-Glück, Pand. 48, 145 ff., Ferrini, Legati 678 f., Salkowski, Sklavenerwerb (1891) 24 ff. — [2]) Und so sagt auch Julian 279 bei Ulp. D. 23, 3, 5, 5 ausdrücklich von dem, der *legatum repudiavit: nihil erogavit de suo.*

domino adquisitus. Und so hat wirklich Arndts [1]) das fr. 1 § 1 cit. unter die Zeugnisse aufgenommen, die beweisen sollen, daß Julian und Ulpian und mit ihnen die Byzantiner den Erwerb aus Vindikationslegaten ebenso beurteilen wie Masurius Sabinus.

Indessen führen schon die Vat. Fragmente auf die richtige Spur und zu einer anderen Auffassung. Angelo Mai, der erste Herausgeber, hat vor *adquisitus* die Endsilbe ... *nis* gelesen [2]), die seither allgemein als Überrest des Wortes *dominis* anerkannt ist. Darnach haben die meisten Ausgaben (Bethmann-Hollweg, Mommsen 1860 und 1890, Girard, Baviera, P. Krüger 1908), wieder nach dem Vorgang von A. Mai, für das Fr. 75 folgenden Text angenommen: ... *et utrique ex domi]nis adquisitus sit,* ... Ganz ähnlich drückt sich auch Julian, den Pandekten zufolge, nochmals im selben § 1 (am Schlusse) aus: ... *ad alterum ex dominis pertinere* ... Dürfen wir aber den Text so ergänzen, wie es die große Mehrheit der Gelehrten [3]) vorschlägt, so ist die aufgetauchte Schwierigkeit leicht zu beseitigen. Denn *uterque ex dominis* kann sowohl in der Gegenstellung zum „anderen, der ausschlägt“ (*altero repudiante*), wie zum anderen, der zwar erworben, aber wieder verloren hat (*amittente*), nur éiner der beiden Miteigentümer der bedachten Sklaven sein.

Übrigens ist diese selbe Erklärung auch dem Wortlaut gegenüber, den die Pandekten aufweisen, zum mindesten statt-

---

[1]) In Glücks Pand. 48, 311f. und vor ihm schon von Crailsheim, Arch. f. ziv. Praxis 47 (1864), 388. — [2]) In der Urausgabe Romae 1823, die mir nebst der Berliner Wiederholung von 1824 vorliegt, sind nur die zwei ersten Silben *(domi)* kursiv gedruckt. Mithin hat Mai die letzte Silbe aus der Handschrift genommen. Als aber Detlefsen den Kodex von neuem verglich, waren, wie Mommsens Apographum von 1860 zeigt, die drei Buchstaben *nis* nicht mehr sichtbar. Mommsen (Berl. Akad. Abh. der phil.-hist. Kl. 1859 S. 292) bemerkt zu den Z. 1—7. 24—32 von Q. XV 7 b: folio adglutinato litterae quaedam Maio olim visae hodie teguntur. — [3]) In einer Anmerkung zu den Digestenausgaben (1870/72) zieht Mommsen eine andere Wiederherstellung vor: *et ambobus domi]nis.* Dieser Versuch hat Lenels Zustimmung in der Pal. 1, 409, 2 gefunden; dagegen ist er von Mommsen selbst 1890 zugunsten des (schon 1860 gebilligten) Maischen Textes preisgegeben. Noch Anderes bietet Huschkes Ausgabe (1886): *et utrisque domi]nis.*

haft. Schon die Glosse (zum C. I. 6, 60, 8, 5 = C. I. 6, 61, 8, 4[d] Kr.) nimmt für das *uterque* der Rechtsquellen neben der konjunktiven die disjunktive Bedeutung in Anspruch, und in neuerer Zeit hat besonders das bekannte *utrumque* eines Paulustextes (D. 41, 2, 8 = D. 50, 17, 153) den Schriftstellern der Besitzlehre die Frage nahe gelegt, ob der Sinn, den das Wort regelmäßig vertritt, auch der allein gültige sei.

Vor allen ist Savigny zu nennen, der in den älteren Auflagen seines „Besitzes“ das Paulinische *utrumque* geradezu mit *alterutrum* gleichsetzt, während er später[1]) eine mehr neutrale Deutung bevorzugt, die weder die Verbindung noch die Absonderung betont. Indes reichen nach meinem Ermessen die von Savigny, ja schon die drei von Seckel-Heumann[9] (S. 607 unter Z. 2) angeführten Zeugnisse hin, um die Behauptung zu begründen, daß *uterque* nicht immer „beide zusammen“ anzeigt, daß es vielmehr zulässig war, das Wort auch zu gebrauchen, wo zwar jeder von beiden, doch jeder für sich gemeint ist.

Das Julianfragment aber l. c. enthält gar nichts, was uns hindern könnte, *uterque dominus* gerade in diesem zweiten Sinne zu verstehen. Bekräftigt wird diese Auffassung noch durch die Basiliken 16, 2, 1 und durch ein von Zachariae[2]) herausgegebenes Scholion des Cyrillus, dem ebenfalls fr. 1, 1 cit. zugrunde liegt. Beide byzantinischen Texte verschweigen übereinstimmend den Erwerb des vermachten Nießbrauchs, und der erstere ersetzt überdies den Miteigentümer, der bei Julian das Legat zurückweist *(altero repudiante)*, durch einen Herrn, der „nicht annimmt“:

Ἐὰν . . . ὁ εἷς τῶν δεσποτῶν μὴ καταδέξηται,

womit noch deutlicher der Gedanke abgewehrt ist, daß es sich um Wiederaufhebung eines schon erworbenen Nießbrauches handle.

Eine unerquickliche Sache ist es, wenn Julians Lehre, wie sie oben dargelegt ist, geschützt werden soll gegen Ein-

---

[1]) Das Recht des Besitzes 6. A. (1837) § 30 S. 385 ff. Eine Stelle aus Varro, die Savigny anführt, r. r. 1, 2, 14 setze ich hierher: *quocirca principes qui* *u t r i q u e* *rei praeponuntur vocabulis quoque sunt diversi, quod unus vocatur vilicus, alter magister pecoris.* — [2]) Supplem. editionis Bas. Heimb. (1846) p. 94.

wendungen, zu denen fr. 91 § 6 D. 30 Anlaß geben könnte. Im 36. Buche von Julians Digesten (523 L.) hat diese Stelle sicher etwas anders gelautet, als wir sie heute lesen:

Si mihi servus [a te herede] legatus fuerit et eidem servo aliquis legaverit et vivo eo qui mihi servum legaverat dies legati servo dati cesserit, confestim id legatum [hereditati] adquiritur: et ideo, quamvis postea moritur is qui servum mihi legaverat, ad me id quod servo legatum est non pertinebit.

Für uns kommt das Fragment nur in Betracht, wenn das zweite Vermächtnis (des *aliquis*) ein Vindikationslegat ist. Doch soll diese Frage ohne weiteres in bejahendem Sinne als erledigt gelten. Die eingeklammerten Worte will Mommsen als Glosseme wegstreichen. Die drei ersten scheinen auch wirklich überflüssig zu sein, da der belastete *heres* im folgenden gar keine Rolle spielt; das vierte aber ist um deswillen anstößig, weil der Jurist nicht wohl von einer *hereditas* des noch lebenden Testators reden konnte. Anderseits schafft die Ausmerzung des letzteren Wortes eine neue Schwierigkeit. Denn in unserer Stelle dreht es sich gerade darum, für wen der Erwerb eintreten soll. Aus diesem Grund kann das zusatzlose *adquiritur* gewiß nicht die richtige Heilung sein. Was nach Austilgung der — schlechthin unbegreiflichen — „Glosseme" übrig bleibt, das ist in der Hauptsache durchaus verständlich; nur leuchtet nicht sofort ein, weshalb Julian etwas so wenig Zweifelhaftes hervorheben mochte.[1])

[1]) Während Cujas (Observ. 25 c. 40) fr. 91, 6 für heillos zerrüttet erklärt und einen besseren Text ersonnen hat, wollen sich unter den Neueren Salkowski in Glücks Pand. 49, 485f., 101 und Steinlechner a. a. O. 2, 201, 3 mit der Überlieferung in der Kompilation zufrieden geben. Dagegen ist nach dem Urteil von Arndts bei Glück 48, 223f. der Text „sehr bedenklich"; nach Ferrini, Legati 387f. kann er so von Julian nicht geschrieben sein. Endlich P. Krüger (1908) will die Plattheit mildern, indem er nach *postea* einschiebt: *dies legati veniat quam.* Diese Vermutung ist annehmbar, zumal da *quamvis . . moritur* keinesfalls aus Julians Feder stammt. Doch dürften die eingeschalteten Worte nur auf ein Legat *(per vind.)* bezogen werden, dem der Erblasser einen Anfangstermin beigesetzt hatte. Denn es wäre un-

Soll eine Vermutung erlaubt sein, so würde ich sagen: der klassische Text ist durch ebenso ausgiebige wie verfehlte Kürzungen seitens der Kompilatoren unheilbar verdorben. Die Worte, die Mommsen als später eingefügt wegstreichen will, sind viel eher unpassend gewordene echte Reste der älteren Fassung. Wenn der Jurist z. B. gleich im Anfang geschrieben hätte: ... ⟨*et mortuo*⟩ *et vivo eo qui mihi servum legaverat*, so würde er das in der Zeit des ruhenden Nachlasses (des ersten Testators) angefallene zweite Legat der Hereditas (*'hereditati'*) und, vermittelt durch sie, dem *heres* zugesprochen haben[1]), auf dessen Kosten (*'a te herede'*) der Sklave selbst vermacht war. Den Anfall bei Lebzeit des ersten Erblassers hat er vielleicht nur deshalb auch noch erwähnt, weil unter dieser Voraussetzung über die Person des Erwerbers kein Zweifel sein konnte, und sich von hier aus die minder sichere zweite Entscheidung gut rechtfertigen ließ.

Der Erwerb aber für den unangetretenen Nachlaß war aus dem Grund besonders zu erwägen, weil der *dies* eines dem legierten Sklaven vom eigenen Herrn gegebenen Legats — anders[2]) als im Fall des fremden Vermächtnisgebers, von dem fr. 91, 6 spricht — erst *adita hereditate* zedierte[3]), und weil also die Gabe hier den Nachlaß nicht vermehrte.

Daneben mochte dem Juristen noch eine andere gegensätzliche Entscheidung vorschweben, als er den heute verstümmelten Text niederschrieb. Hatte nämlich das Vermächtnis zugunsten des legierten Sklaven nicht Eigentum zum Gegenstand, — wie in unserem Fall anzunehmen ist — sondern Nießbrauch, so sollte die den Anfallstag bestimmende Regelnorm selbst dann nicht gelten, wenn der vermachte Stichus, statt vom eigenen Herrn, von einem fremden Erb-

---

richtig zu meinen, daß die römischen Klassiker den sog. *dies legati veniens* (im Gegensatz zum *dies cedens*) im selben allgemeinen Sinn im Gebrauche hatten wie die heutigen Gelehrten.

[1]) S. oben S. 243f. — [2]) Wie wenig mir Steinlechners (a. a. O. 2, 197ff.) Zweifel begründet scheinen, — eine bestimmte Behauptung ist nicht aufgestellt — das habe ich schon oben S. 231 A. 1 angedeutet. — [3]) Jul. 522 D. 36, 2, 17 (S. 231 u. A. 1). Gai. 16 D. 30, 69 pr. (S. 230f.). Ulp. 2605 D. 36, 2, 7, 6. Ulp. 2663 D. 36, 2, 8.

lasser bedacht war. Für den zum *hereditarius* gewordenen Sklaven soll der *dies* des Nießbrauchlegats auch in dem Augenblick noch nicht zedieren, wo der Nachlaß dieses Vermächtnisgebers erworben wird, sondern erst im Zeitpunkt des Antritts derjenigen Erbschaft, von der der legierte Stichus selbst ein Stück ist.[1])

Solchen Ausnahmebestimmungen gegenüber will nun vermutlich Julian im fr. 91, 6 betonen, daß sich hier mit dem der Regel entsprechenden *dies cedens* der Erwerb „sofort" endgültig zugunsten der ruhenden „Erbschaft" und damit des Erben feststelle[2]) *(si .. dies .. cesserit confestim id legatum hereditati adquiritur)*; während in jenen Ausnahmefällen, wo der „Tag" des Legats hinausgeschoben ist bis zum Zeitpunkt des Erbantritts, zwei verschiedene Entscheidungen möglich sind. Entweder erwirbt der Legatar, dem der bedachte Stichus vermacht ist, auch das dem Sklaven ausgesetzte Vermächtnis; oder der Erbe ist der Gewinnende, sei es, daß der Legatar nicht mehr lebt, sei es, daß er ablehnt. In den letzteren Fällen bleibt dann dem Erben das eine Mal die Minderung des Nachlasses erspart, weil beide Legate unwirksam sind; das andere Mal aber (beim Nießbrauchvermächtnis, das von einem Dritten ausgeht) ist er, an Stelle des freien Legatars, als Eigentümer des Sklaven berufen, das diesem gegebene Vermächtnis für sich zu erwerben.[3])

Jeder Versuch, das fr. 91, 6 auszulegen, kann nur als Hypothese gelten. Wer nicht genötigt ist, den verunglückten Text ins Auge zu fassen, wird ihm lieber ausweichen. Mir aber schien eine Erklärung wünschenswert, weil die Worte *confestim legatum adquiritur* an die altsabinische Formel erinnern, die mit dem Erbantritt „sofortigen" Eigentumsgewinn verbindet, während nach Julian erst der Ablauf einer Überlegungsfrist den Erwerb vollendet. Indessen dürfte der

---

[1]) So Jul. 509 D. 36, 2, 16, 1; dazu Jul. Vat. Fr. 60, Jul. bei Ulp. D. 7, 3, 1, 2, Paul. 994 D. 45, 3, 26 (= Vat. Fr. 55), Hermog. 97 D. 41. 1, 61, 1, Arndts-Glück, Pand. 48, 224 ff. — [2]) Diese Bedeutung des Anfallstags hebt z. B. Ulp. 2604 D. 36, 2, 5, 7 hervor; dazu Arndts-Glück, Pand. 48, 216 ff., Windscheid-Kipp, Pand.[9] III § 642, 10. — [3]) Bei dem bedachten Sklaven setze ich überall voraus, daß er den Legatsanfall erlebt hat.

Jurist gegen den Vorwurf, mit sich selbst in Widerspruch zu treten, schon um deswillen geschützt sein, weil in unserem Text das *confestim adquiri* ohne weiteres an den *dies legati cedens* geknüpft ist. Wer aber Bedenken trägt, Julian [1]) eine ungenau gefaßte oder gar unrichtige Behauptung schuld zu geben, wird die Worte *hereditati adquiri* nur auf die Feststellung des zum Erwerb befugten Subjektes beziehen, nicht auf fertigen Eigentumsgewinn.

Zuletzt bleibt übrigens noch der Ausweg offen, das im fr. 91, 6 für den Sklaven angeordnete Vermächtnis auf ein Damnationslegat [2]) zu deuten. Dadurch würde die Stelle sofort ausgeschlossen aus dem Kreis der für unsere Frage in Betracht kommenden Quellenäußerungen.

X.

Kritische Würdigung der Lehre Julians. — Die Unanfechtbarkeit der Ablehnung des *per vindicationem* Vermachten. — Pomponius und Julian: D. 7, 1, 69 und 70, 1. — Die Sonderstellung des bedingten Verfügungslegates.

Von Julians Lehre ist jetzt genug bekannt, was ein Werturteil möglich macht. Um die Vorzüge zu würdigen und die Fehler, die sie hat, vergleichen wir sie zunächst mit dem Schuldogma der Altsabinianer. Nur éin wichtiges Stück des Julianschen Systems bleibt noch späterer Erörterung vorbehalten: die Abhängigkeit des Legats von der testierten Erbfolge. Davon wird besser erst in dem Abschnitt die Rede sein, der sich mit Proculus beschäftigt.

---

[1]) Für kompilatorisch halte ich das mit dem *dies cedens* verbundene *adquiri* nicht, da diese Ausdrucksweise ziemlich oft begegnet. Sind auch von den einschlägigen Stellen einige sehr wahrscheinlich auf Damnationslegate zu beziehen, so liegt doch diese Deutung bei anderen gar nicht nahe. Ich nenne Jul. D. 28, 5, 38, 4, Gai. D. 30, 68, 1, Ulp. D. 36, 2, 9 (dieses fr. gehört hierher, obwohl der Tag der legierten *habitatio* nicht *ante aditam hereditatem* zediert). S. auch Arndts-Glück, Pand. 48, 216 ff. 247. — [2]) Der im fr. 91 auf § 6 folgende Absatz handelt vom Damnationslegat. Auf diesen Umstand berufe ich mich nicht; denn ein Zusammenhang der §§ 6 u. 7 ist nicht ersichtlich.

Um den Gegensatz zu Sabinus mit éinem Wort auszudrücken, ist Julian oben wiederholt als Vertreter der Vorstellung vom schwebenden Eigentum bezeichnet. Die folgende Erörterung geht von dieser Behauptung aus und nimmt sie als erwiesen an.

Wollten die Juristen der Kaiserzeit, dem Urrecht entgegen, für den Vindikationslegatar den willenlosen Erwerb zur Geltung bringen, wie ihn das damnierende Vermächtnis aufwies, so mußte ihnen bald die schwierige Aufgabe erwachsen, die Rechtslage genauer zu beschreiben, die aus einer ablehnenden Erklärung des Bedachten hervorgeht. Begreiflich konnte ja niemand daran denken, dem Legatar das Eigentum einzunötigen und ihm nur anheimzugeben, von der Dereliktion Gebrauch zu machen. Damit wäre eine Wirkung verloren gegangen, die man gar nicht opfern durfte: die Vereinigung der legierten, aber abgelehnten Sache mit dem Erbennachlaß.

Unseres Wissens hat hier Masurius Sabinus als der erste eine Lösung gefunden. Für den Bedachten sollte von selbst regelmäßiges Eigentum entstehen; im Fall der Ausschlagung aber sollte es mit Rückziehung erlöschen. Als juristisches Kunstwerk ist diese Formel schwerlich anzusprechen. Trotz der Rückwirkung macht das Hin- und Herschieben des Eigentums fast den Eindruck des Primitiven. Hält man daneben die Schwebelehre der Jungsabinianer, so erscheint diese gewiß als das feinere Geisteswerk, dem auch vom ästhetischen Standpunkt aus der Sieg kaum zu bestreiten war. Leitend aber mochte für Julian der Gedanke sein, daß der Legatar nicht wohl Eigentümer heißen kann, solange selbst der gegenwärtige Bestand seines Rechtes noch unentschieden ist.

Doch darf freilich das System, das ein Jurist für die Praxis aufstellt, nicht darnach beurteilt werden, ob es mehr oder minder elegant anmutet. Ernstlich ins Gewicht fallen kann nur die Ergiebigkeit, die es bei der Anwendung im Leben bewährt, und die Güte der so gewonnenen Ergebnisse. Was Julians Lehre voraus hat, und wo sie zurücksteht, wenn sie am alten Schuldogma gemessen wird, darüber ist einiges schon früher gesagt.

Die reine Schwebe, die Sabins später Nachfahr annimmt, ist bei längerer Dauer ein Zustand sehr mißlicher Art, und auch sonst konnte die neue Lehre, wie fr. 81 § 6 D. 30 zeigt, schlimme Früchte tragen, wenn sie ein Jurist handhabt, dem folgerechtes Denken ein Ideal ist, das keinem höheren weichen darf. Anderseits war auch Julian imstande, einige guten Gründe anzuführen, um die Überlegenheit seiner Theorie darzutun. Ohne den Normalzeitpunkt[1]) preiszugeben, in dem das Testament nach Sabinus voll wirksam wird, schafft doch das Reformsystem den Legatar wieder ab, dem eine Bereicherung ohne Wissen und Wollen zuwächst[2]), verlangt aber zum Erwerb nicht mehr als bloßes Geschehenlassen und beschleunigt überdies bei den vermachten Sachen den Eintritt in endgültige Verhältnisse durch Einführung einer Überlegungsfrist. Muß auch die Frage offen bleiben, ob die Verwendung der Frist nicht schon älterer Übung entsprach, so war jedenfalls die an den Ablauf geknüpfte Folge eine Neuerung, und ebenso neu war die mit der erklärten Annahme verbundene Rückwirkung.

Wie leicht es für Julian, und wie schwierig es für Sabinus war, den direkten Übergang der legierten Sache aus dem Nachlaß ins Vermögen des Bedachten zu begründen, das ist oben (S. 223f. 230f. und S. 255ff.) ausführlich dargelegt. Nicht erwähnt ist bisher ein Vorzug der jüngeren Lehre, der schon deshalb genauer gewürdigt sein will, weil ihn die Quellen stark hervorheben.

Vergliehen mit dem System Labeos und des Proculus konnte das von Sabinus aufgestellte zu einer erheblichen Er-

---

[1]) Sehr wichtig ist Julians Äußerung (493 L.) bei Paul. D. 30, 10. — [2]) Seinem Namen nach ist das Legat *per vindicationem* ein Vermächtnis, aus dem der Bedachte „durch eigenmächtigen Zugriff" erwirbt; s. Pauly-Wissowa R. E. I (1894), 314 und oben S. 202 A. 1. Dagegen läßt Sabinus wie den untätigen so selbst den unwissenden Legatar Eigentümer werden. Die Schule aber war anscheinend nicht stark genug, uraltes Recht (S. 267f. A. 3) dermaßen abzuändern. Für Julians Abfall mochte diese Beobachtung mitbestimmend sein. Und auch den Institutionen des Gaius (zu 2, 194 s. oben S. 233 A. 1) ist eine späte (freilich noch unaufgeklärte) Korrektur zuteil geworden. Was die westgotische epit. 2, 5, 1 (vgl. 2, 5, 6) vom Vindikationslegat aussagt, stimmt offenbar nicht überein mit der Sabinuslehre.

weiterung des prätorischen Schutzes führen, der den Gläubigern gewährt ist gegen fraudulose Minderung des Schuldnervermögens und dem Patron gegen böswillige [1]) Veräußerungen des befreiten Sklaven, die das Pflichtteils- und das Intestaterbrecht des Freilassers verringern. Wenn der Bedachte nach proculianischer Lehre „vindizieren", d. h. eine Erwerbshandlung setzen mußte, um Eigentum zu gewinnen, so wird durch das Ausschlagen des Legats nur eine angebotene Mehrung verhindert, dagegen dem vorhandenen Vermögen nichts entzogen. Anders aber war zu entscheiden, wenn man vollen Ernst machen wollte mit der Grundanschauung der Altsabinianer. Die Ablehnung des „von selbst" Erworbenen stellt sich nach Sabinus zweifellos als Veräußerung dar und konnte daher den anfechtbaren Handlungen zugerechnet werden.

Ob freilich unter den römischen Juristen einer oder mehrere waren, die sich dieser Folgerung wirklich unterwarfen, und die sie auch als Fortschritt begrüßten, da ihnen die Steigerung der Rechte der Gläubiger wie des Patrons angemessen schien, das wissen wir nicht. Die Frage, die den Klassikern zu schaffen machte, ist auch in der Gesetzgebung unserer Tage keineswegs völlig ausgetragen. Die zwei deutschen Reichsgesetze von 1877 und 1879 (mit Änderungen aus dem Jahre 1898) über die Gläubigeranfechtung und das östreichische von 1884 sind so weit gefaßt, daß sie selbst auf Fälle abgelehnten Erwerbs [2]) Anwendung finden können. Indessen hat eine 1898 der Reichskonkursordnung beigefügte Bestimmung (jetzt RKO. § 9) ausdrücklich die Annahme oder Ausschlagung eines dem Schuldner vor der Konkurseröffnung angefallenen Vermächtnisses lediglich der Beschlußfassung des Gemeinschuldners anheimgegeben.[3])

---

[1]) Entbehrlich ist der *dolus malus*, wenn der Freigelassene *mortis causa* veräußert hatte: Ulp. D. 38, 5, 1, 1. 11, Fr. de form. Fab. 6; und im gleichen Fall auch bei der Gläubigeranfechtung nach dem Edikt in D. 42, 8, 1 pr.: Jul. D. 39, 6, 17. — [2]) Gedacht ist an „Erwerbsablehnung" in dem von A. Menzel, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger (Wien 1886) 81, 10 angenommenen Sinne. — [3]) Anders die östreichische Konkursordnung von 1868 § 4: „Die Gläubigerschaft ist berechtigt, im Namen des Gemeinschuldners ... Vermächtnisse anzunehmen", und dement-

Hiernach gehört dem heutigen deutschen Rechte zufolge (trotz BGB. § 2176f.) die Ablehnung von Vermächtnissen gewiß nicht[1]) zu den „Rechtshandlungen" des Schuldners, deren Anfechtung den Gläubigern, im Konkurse oder ohne solchen, zusteht.

Ob die Stifter der sabinianischen Schule, und in welcher Weise sie Partei ergriffen haben in der erörterten Frage, darüber ist nur aus Gaius 2, 195 ein Schluß abzuleiten, und auch dieser ohne Gewähr der Richtigkeit. Wie Gaius versichert, lassen seine *praeceptores* aus der Ablehnung den Rechtszustand hervorgehen, der vorhanden wäre, *si legatum non esset.*[2]) Aufgestellt ist aber diese Fiktion[3]) gewiß nicht zu dem Zweck, um eine vom Bedachten erklärte Ausschlagung gegen die Anfechtung Dritter zu schützen. Dazu hätte eine weniger weitgehende Formel durchaus genügt: z. B. das Wegfingieren nur des geschehenen Erwerbs. Doch war es allerdings möglich, mittels der völligen Verneinung des Legats, das der Bedachte ablehnt, auch die Unanfechtbarkeit der Ausschlagung einer Scheinbegründung teilhaft zu machen. Denn galt ein solches Vermächtnis als gar nicht errichtet, so konnte auch nicht gesagt werden, daß sich jemand eines aus ihm herstammenden Rechtes entäußert habe. Waren nun — wie ich vermute — die Altmeister der Sabinusschule nicht gewillt, einer Erweiterung des Klagschutzes zuzustimmen, den die Gläubiger und der Patron genossen, so werden sie wohl ohne viel Beschwer eine oder die andere Fiktion benutzt haben; während sie sicher die Tragweite solcher Behelfe ohne Bedenken eingeschränkt hätten, wenn ihnen die gegenteilige Entscheidung erwünschter gewesen wäre.

Weniger im Leben, mehr in den Büchern mochten also die Schwierigkeiten hervortreten, mit denen das alte Sabinus-

sprechend das Anfechtungsgesetz von 1884 § 13 Z. 1: Anfechtbar ist „die unterbliebene Annahme eines dem Gemeinschuldner zugedachten Vermächtnisses"; vgl. übrigens A. Menzel a. a. O. 74. 84f.

[1]) So — ohne Zweifel richtig — Strohal, Deutsches Erbrecht[3] 2 (1904), 18. Allerdings spricht S. nur von der Ausschlagung der angefallenen Erbschaft. Doch ordnet § 9 RKO für diese und für die Zurückweisung des Vermächtnisses genau dasselbe an. — [2]) Ebenso Pomponius; s. oben S. 235 A. 1. — [3]) Wohin sie zielt, das deutet Marcell. D. 9, 2, 36 pr. an: die zurückgewiesene Sache sollte dem Erben gehören.



system zu kämpfen hatte. Ein Widerspruch war es unleugbar, das Ausschlagen des Vermachten dem vollendeten Erwerb nachfolgen und doch so wirken zu lassen, als wäre das Abgewiesene nur eine Anwartschaft, nicht ein fertiges Recht gewesen. Einen ungleich besseren Stand hatte ohne Zweifel die Julianische Lehre, wenn von ihr aus die Unanfechtbarkeit der Legatsablehnung zu begründen war.

Am schönsten vermittelt uns Ulpian (1164 L.) den Gedankengang der jungsabinianischen Juristen in einer Darlegung, von der wir ein Stück schon aus dem Früheren (S. 253) kennen. Entnommen ist sie dem Kommentar zum Fabianischen Edikte (lib. 44 ad ed.) und lautet in den Dig. 38, 5, 1, 6 so:

> *Utrum autem ad ea sola revocanda Fabiana pertinet, quae quis libertus de bonis deminuit, an etiam ad ea, quae non adquisiit, videndum est. et ait Iulianus libro vicensimo sexto digestorum* (393 L.), *si hereditatem libertus non adierit fraudandi patroni causa vel legatum reppulerit, Fabianam cessare: quod mihi videtur verum. quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur, attamen cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est. in ceteris quoque liberalitatibus, quas non admisit is libertus cui quis donatum voluit, idem erit probandum Fabianam cessare: sufficit enim patrono, si nihil de suo in necem eius libertus alienavit, non si non adquisiit: proinde et si, cum sub condicione ei legatum esset, id egit, ne condicio existeret, vel, si sub condicione stipulatus fuerit, maluit deficere condicionem, dicendum est Fabianam cessare.*

Übereinstimmend wollen Julian und Ulpian den Patron bloß gegen Verminderung des dem Freigelassenen schon erworbenen Vermögens schützen, nicht gegen Zurückweisung einer erst angebotenen Bereicherung. In dem Satze, der aus Julian genommen ist, wird für die Frage, ob die Fabiana zusteht, die Ablehnung des dinglichen Legats der absichtlichen Nichtannahme einer Erbschaft [1]) völlig gleichgestellt. Demnach ist auch im ersteren Fall nur auf eine Anwartschaft verzichtet, nicht auf ein fertiges Recht. Um diese Annahme

[1]) Vgl. Pedius 53 bei Paul. D. 35, 2, 63 pr.

näher zu begründen, fügt Ulpian eine Schilderung der reinen Schwebe beim Eigentumslegat hinzu. Nur dieses System kann der Jurist hier im Auge haben, weil er die Entscheidung über den jedesmal mit Rückziehung (*retro*) eintretenden Rechtszustand entweder vom versäumten oder vom vollzogenen *repudiare* erwartet; mithin vorerst die Rechtslage ganz und gar im Ungewissen bleibt. Daraus aber ergibt sich in der Tat zwanglos die Vorstellung, daß die Ablehnung nur eine Aussicht verschließt auf etwas, das werden konnte, keineswegs einen vollendeten Zustand wieder aufhebt.

Genau im selben Sinn wie über die Fabiana des Patrons äußert sich Ulpian (1451 D. 42, 8, 6 pr. § 2. 4) im 66. Buche ad edictum über die Begrenzung der Gläubigeranfechtung, u. z. unter Berufung auf Julian, von dem eine Entscheidung angeführt ist, die sich wieder auf die Ausschlagung des dinglich Vermachten bezieht.

> *Quod autem, cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet: pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur* [1]. ... *Proinde et qui repudiavit hereditatem vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat: noluit enim adquirere, ... Sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessare edictum, quod Iulianus* (649 L.) *quoque scribit.* [2])

Übrigens ist das Gebiet der Anfechtung gar nicht das einzige, auf dem der Grundsatz Anwendung fand, der zum System der Jungsabinianer so gut stimmt: daß nämlich der Bedachte sein Vermögen nicht verringert, wenn er ein Eigentumslegat ausschlägt. Ein weiteres Beispiel bietet die Erörterung Ulpians (2751) in den D. 23, 3, 5, 5 über den Begriff der profektizischen Dos, wo nach dem Vorgang Julians nochmals die Ablehnung des dinglichen Vermächtnisses der Ab-

---

[1]) Ebenso Ulp. 655 D. 50, 17, 134 pr.; übereinstimmend auch Paul. 342 D. 50, 16, 28 pr. (dazu oben S. 281 A. 2) und Valens 12 D. 36, 1, 69, 1 (Mo.). — [2]) Nicht ganz zutreffende Bemerkungen über die oben besprochenen Fragmente bei Arndts-Glück, Pand. 48, 278 ff., Ferrini, Legati 397 f.



lehnung der Erbschaft zur Seite gestellt und betreffs der ersteren bemerkt ist:

> *... et si legatum in hoc repudiaverit pater, ut apud generum heredem remaneat dotis constituendae causa, Iulianus* (279 L.) *probat non esse profectum id de bonis, quia nihil erogavit de suo pater, sed non adquisivit.*

In sehr ähnlicher Weise rechtfertigt Julian (l. 17 dig. — 285 L.) bei Ulp. 2765 D. 24, 1, 5, 13 die Gültigkeit einer Ehegattenschenkung, die der Ehemann dadurch herbeiführt, daß er *(heres institutus) repudiat hereditatem.* Man könne hier nicht sagen, der Ausschlagende werde *pauperior, qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit* (Mo. *deprompsit*). Sofort fügt Ulpian (im § 14) hinzu: *Simili modo et si legatum repudiet, placet nobis valere donationem, si mulier substituta sit in legato vel etiam si proponas eam heredem institutam.*

Die zuletzt behandelten Zeugnisse bestätigen eine Wahrnehmung, die sich schon früher und oftmals aufgedrängt hat: sie alle setzen den Anschluß Ulpians an die Schwebelehre außer Zweifel, die wir auf Julian zurückführen. Doch ist allerdings noch ein Bedenken zu beseitigen, das man aus fr. 5 § 8 D. 27, 9 ableiten könnte, wo wir aus Ulpians (1005) Kommentar zur oratio Severi folgendes lesen:

> *Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest: esse enim et hanc 'alienationem', cum res sit pupilli, nemo dubitat.*

Diese Behauptung steht offenbar im Widerspruch mit den oben mitgeteilten Äußerungen. Dieselbe Rechtshandlung, von der mehrmals ausgesagt ist, daß sie das *patrimonium* nicht „deminuiere", wird hier dem Begriff der *alienatio* untergeordnet. Und nicht bloß Ulpian hätte im selben Werke Unvereinbares angenommen; der gleiche Vorwurf würde auch auf Julian fallen müssen. Denn die im fr. 5 § 8 enthaltene Entscheidung soll, wie der berichtende Jurist sagt, allgemein anerkannt sein. So bleibt nur die Frage übrig, wie der Widerspruch zu erklären sei, und auf welchen Punkt er sich beziehe?

Das in Rede stehende Fragment ist der Aufmerksamkeit der gemeinrechtlichen Autoren nicht entgangen. In dem Streit, ob Sabin oder Proculus in den Pandekten den Sieg errungen habe, mußte es begreiflich Zeuge sein zugunsten des ersteren. Indessen ist es falsch, in den letzten Worten der Stelle ein Bekenntnis zu Sabinus zu finden[1]); denn in dem Satze: *cum res sit pupilli* steckt keineswegs die Behauptung, daß die Sache schon vorher Eigentum des Mündels geworden war.

In der Tat zwingt uns nichts dazu, die Entscheidung Ulpians aus einem Abfall von Julians Lehre zu erklären. Nur insofern sagt sich unser Jurist los von einer Regel, die er sonst immer beobachtet, als er den Begriff der *alienatio* übermäßig ausdehnt und daher auch die Zurückweisung einer bloßen Anwartschaft (des schwebenden Eigentums) als „Veräußerung" gelten läßt. Den Grund aber für die Abweichung von der Norm bringt er gerade mit den Worten: *cum res sit pupilli* zum Ausdruck. Denn damit ist nichts anderes gesagt als: „da es sich um die Sache", oder deutlicher: „um die Angelegenheit eines Pupillen handelt". Dem Mündel zulieb wird also eine anderwärts stets festgehaltene Regel preisgegeben, weil dem Mündel besonders weit gehender Schutz gebührt, und so auch eine freiere Deutung der oratio Severi gerechtfertigt ist.

Darf nach dieser Ausführung nochmals gefragt werden nach dem Wertverhältnis, das sich herausstellt, wenn man Julians System und das altsabinische gegeneinander abwägt, so ist die oben angedeutete Antwort, nur mit mehr Nachdruck, zu wiederholen. Wer vom Standpunkt der juristischen Technik aus urteilt, wird wohl ohne Schwanken der Formel der Jungsabinianer den Preis zusprechen. Eine Anzahl wichtiger Entscheidungen, welche die Juristen — vielleicht alle oder doch die meisten — als billig empfanden, sind aus Julians Lehre auf logischem Weg leicht und sicher abzuleiten, während die Formel des Schulstifters öfter den Dienst versagt. Und auch dem Leben hatte Julian einiges zu bieten,

---

[1]) So Rudorff, Recht der Vormundschaft 2, 410, 72; vgl. auch von Crailsheim a. a. O. 47, 383 f., Arndts-Glück, Pand. 48, 280 f.



was durchaus erwünscht war[1]); nur freilich daneben auch eine wunderliche Behauptung, die mehr den Gelehrten lobt, der scharf und unerbittlich denkt, als den Juristen, der taktvoll das Angemessene wählt. Auf der anderen Seite erweist sich die Sabinuslehre gewiß als ein weniger feines Gebilde, dem auch nur geringere Leistungsfähigkeit zukam. Doch ist es unwahrscheinlich, daß diese Mängel im Leben stark hervortraten und so den Ausgang des Kampfes erheblich beeinflußten. Denn die Altsabinianer haben, wie es scheint, auf der Durchführung ihres Grundgedankens nicht bestanden, wo immer sie zu anfechtbaren Ergebnissen gelangt wären.

Welche Umstände es waren, die den Sieg der Julianschen Ansicht entschieden: ob sie der Praxis besser behagte, weil sie bei der Umbildung uralten Rechts mehr schonend vorging als Sabinus, ob die theoretischen Vorzüge schwerer ins Gewicht fielen, ob endlich der Ruhm, der Julians wissenschaftliche Arbeit krönte, ob die Gnade der Kaiser und die hohen Staatsämter, die dem Ediktsordner zuteil wurden, fördernd eingewirkt haben — dies alles darf man fragend anführen und der Erwägung des Lesers empfehlen, obgleich der Stand der Überlieferung es verbietet, eine bestimmtere Antwort auch nur zu suchen.

Etwas mehr Anhalt bietet sich dar, wenn der Grund erforscht werden soll, — sei es bloß hypothetisch — der am besten Julians Abfall vom Schuldogma begreiflich macht. Dem Anschein nach haben dabei unmittelbar praktische Erwägungen keine sehr bedeutende Rolle gespielt. Weit mehr war wohl der Wunsch maßgebend, der Wissenschaft und der Lehre eine Formel zu geben, die an sich wie in der Anwendung logisch untadlig, und die auch ästhetisch befriedigend ist. Ob daneben noch die Absicht bestand, dem alten

[1]) Zu den wohltätigen Folgen der neu eingeführten Überlegungsfrist darf man unter anderm (oben S. 293 A. 2) die Beseitigung der unbilligen Entscheidung rechnen, die sich für Pomponius in den D. 8, 6, 19, 1 (oben S. 233) aus dem Schuldogma ergibt. Nach Julian ist der unwissende Legatar nicht in Gefahr, die vermachte Servitut durch Nichtgebrauch zu verlieren. — Den Verfügungen, die der Bedachte in der Überlegungsfrist vornimmt, war gewiß die Geltung gesichert, weil die Verfügung ein *adgnoscere legatum* einschließt; vgl. oben S. 235.

und zugleich proculianischen Recht etwas Weniges zuzugestehen, um vielleicht die Kraft des von konservativer Seite kommenden Widerstandes abzuschwächen, das bleibt besser unentschieden. Dagegen ist die Vermutung nicht leichthin abzuweisen, daß bei der Aufrichtung von Julians Lehre auch die Vorliebe ihres Urhebers für gewisse Behelfe der Rechtskunst mit im Spiel sein mochte. Auf eines weisen ja die Quellen nicht undeutlich hin: auf die Neigung unseres Juristen zur Anerkennung von Verhältnissen reiner Schwebe, die er auch dort gelten läßt, wo der Tatbestand nicht gerade zu dieser Auffassung nötigt, oder wo gar eine andere Beurteilung passender wäre.

Aus dem 34. Buch der Julianischen Digesten stammt das wichtigste Zeugnis über die Ungewißheit des Eigentums beim Vindikationslegat; im folgenden 35. Buche sind weitere Fälle der Eigentumsschwebe behandelt, von denen hier einer, der beim Herdennießbrauch[1]) eintreten kann, besonders beachtet sein will.

Der Fruktuar eines *grex* hat die Submissionspflicht: er muß den Stamm der Herde aufrechthalten, indem er die Lücken, die sich ergeben, ergänzt aus den Tierjungen. Wenn nun ein Abgang vorhanden ist, so fragt es sich, in wessen Eigentum die nachher geborenen Tiere vor der Ausführung der „Submission“ stehen? Ulpian erörtert diesen Punkt im 17. Buche ad Sab. und erteilt in den D. 7, 1, 70, 1 Julian (501 L.) das Wort:

> ... *et Iulianus libro tricensimo quinto digestorum scribit pendere*[2]) *eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii.*

An einer anderen Stelle (D. 7, 1, 12, 5, wieder aus l. 17 ad Sab.) bestätigt Ulpian diesen Bericht:

> ... *cum autem in pendenti est dominium* (*ut ipse Iulianus ait in fetu qui summittitur* . . .);

seinen Beitritt[3]) zur dargelegten Ansicht erklärt er im fr. 70, 1 cit., indem er hinzufügt: *quae sententia vera est.*

---

[1]) Vgl. statt aller v. Czyhlarz-Glück, Pand. Ser. d. B. 41. 42 I, 742 ff. — [2]) Ohne Grund stellt es Bekker, System d. Pand. R. 1, 116, e in Abrede, daß hier ein Fall der Schwebe „im engeren Sinne“ bezeugt sei. — [3]) Ulpian teilt mit Julian die Vorliebe für Schwebe-

Ob Julian als **erster** vor der Submission ein Schweben des Eigentums angenommen **hat**[1]), das ist sowenig auszumachen, als es feststeht, daß die Pendenz beim Verfügungsvermächtnis von ihm erfunden ist. Als wahrscheinlich aber kann seine Urheberschaft in beiden Fällen gelten. Denn noch ein Zeitgenosse: Sextus Pomponius trägt in den libri ad Sabinum, die älter[2]) sind als die Digesten des Ediktsordners, eine Ansicht vor, die augenscheinlich verschieden[3]) ist von Julians Lehre. Leider bringen die Pandekten den einschlagenden Pomponiustext nicht unversehrt und zudem nur als Fortsetzung einer von Ulpian begonnenen Ausführung, die von der Pflicht des Herdennießbrauchers handelt, Tiere aus dem Nachwuchs an die Stelle der *capita defuncta* zu setzen. Hier flicken dann die Kompilatoren aus Pomp. 458 l. 5 ad Sab. (D. 7, 1, 69) folgendes an:

> *vel inutilium*[4]) *alia summittere, ut post substituta fiant propria fructuarii* (Mo.: *ut pro substitutis fiant priora fructuarii*), *ne lucro ea res cedat domino. et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque ex natura fructus desinunt eius esse: nam alioquin quod nascitur fructuarii est et cum substituit, desinit eius esse.*

Nach diesem Texte ist die Folge der Einstellung in den Stamm der Herde für den *dominus* der sofortige Erwerb *(fiunt)*, für den Nießbraucher der Verlust *(desinunt)* des Eigentums. Bis zur Submission bestand also nach Pompo-

---

verhältnisse. Im fr. 12 § 5 in f. D. 7, 1 (Ulp. 2573 — oben S. 275 A. 2) überbietet er sogar noch den alten Meister.

[1]) Nach J. Kohler, Jahrb. f. die Dogmatik 24 (1886), 225. 222f. liegt Julians Auffassung der Gedanke der Herdefrucht (im Gegensatz zur Tierfrucht — vgl. auch Jul. bei Justin. I. 2, 20, 18) zugrunde. — [2]) S. Fitting, Alter[2] 35f. F. beweist gerade, daß l. 5 ad Sab. des Pomponius (daraus D. 7, 1, 69) von Julian im 35. Buch der Digesten (daraus D. 7, 1, 70, 1) benutzt ist. — [3]) Das ist vielfach verkannt: so von Göppert, Organische Erzeugnisse 301, 21 und wohl auch von Fitting, Rückziehung 17f. Richtig Wächter, Schwebendes Eigentum 14f., v. Czyhlarz a. a. O. I, 445 und die in A. 1 S. 319 genannten Schriftsteller. M. Rümelin, Das Selbstkontrahieren d. Stellvertr. 154, 1 sucht den Widerspruch (in anderer Weise als Göppert) zu beseitigen, wenigstens für das Justinianische Recht. — [4]) S. wider Göppert Wächter a. a. O. 14, v. Czyhlarz a. a. O. I, 449, 3.

nius fertiges Eigentum des Fruktuars an den Tierjungen; während Julian es vorzieht, das *dominium* bis dahin für „pendent" zu erklären. Man sieht sofort: der Gegensatz der Anschauungen ist hier genau derselbe, dem wir oben beim Erwerb aus Legaten *per vindicationem* begegneten. Ebenso sind auch die Parteien, welche die widerstreitenden Ansichten vertreten, hier und dort die nämlichen. Abermals ist es Julian, der eine von Pomponius verteidigte und vielleicht auch sabinianische Lehre beiseite schiebt; in beiden Fällen ersetzt er die bisherige Auffassung durch die Annahme einer Eigentumspendenz.

Sind aber beim Verfügungslegat beachtenswerte Gründe vorhanden, die den Abfall von Sabinus erklären, so bleibt es dagegen beim Herdennießbrauch überaus fraglich, ob hier nicht die zutreffende Ordnung durch eine minder passende verdrängt ist.[1]) Dem Anschein nach muß wirklich das schwebende Eigentum der Tierjungen zu allererst als eine Lieblingsvorstellung des Rechtsgelehrten Julianus gewürdigt werden.

So sehr es zu tadeln wäre, wenn nun jemand in gleicher Weise das neuste Erwerbsystem des dinglichen Legats beurteilen wollte, so wenig ist doch die Vermutung abzuweisen, daß beim Aufbau dieser Lehre neben nüchternen sachlichen Erwägungen auch die Neigung unseres Juristen mitgewirkt hat, für eine Anschauung, die er stark bevorzugt, das Gebiet der Anwendung so weit als möglich auszudehnen.

Zuletzt ist noch kurz[2]) die Frage zu erörtern, weshalb Julian, bei aller Vorliebe für die Pendenz, seine Neuerung auf das unbedingte Legat beschränkt hat? Diese Tatsache selbst steht, wie oben auf S. 275ff. gezeigt ist, vollkommen fest. Julian anerkennt für das bedingte Vermächtnis *per*

---

[1]) Scharfes Gericht über Julian hält J. Kohler a. a. O. 24, 224 f. (dem v. Czyhlarz a. a. O. I, 450, 4 zustimmt), während v. Petrazycki, Lehre vom Einkommen 1 (1893), 102—104 den Römer in Schutz nimmt. Petrazycki zeigt (S. 97f. 103f.), wie genau Julians Theorie der wirtschaftlichen Lage entspricht, und zeigt auch, daß die Gültigkeit der vom Nießbraucher getroffenen Verfügungen durch die Pendenz nicht in Frage gestellt ist. Dessenungeachtet kann ich die sehr geschickte Verteidigung nicht für durchschlagend erachten. — [2]) Auf nähere Ausführung muß ich hier verzichten.

vindicationem nur die altsabinische Formel, die das Eigentum — nach dem Muster des *statuliber* — vor der Entscheidung dem Erben zuschreibt, um es *post existentem condicionem* ohne weiteres auf den Legatar übergehen zu lassen. Nicht anders äußern sich auch die jüngsten Klassiker: Ulpian und Paulus stimmen hier durchaus mit Sabinus überein.

Vorweg ausgeschlossen war die Erstreckung von Julians Theorie aufs bedingte Vermächtnis in der Weise, daß der Schwebezustand jedenfalls beim Erbantritt einsetzen soll, auch wenn in diesem Augenblick die Bedingung noch nicht erfüllt ist. *Legatum .. ante condicionem .. repudiare non possumus: nam nec pertinet ad nos, antequam .. condicio existat:* so äußert sich Pomponius im 8. Buch ad Quint. Mucium (D. 31, 45, 1), und er würde als Jungsabinianer zweifelsohne dasselbe auch betreffs der Legatsannahme behauptet haben. Demnach wäre es unpassend, vor dem Eintritt der Bedingung von einer Eigentumsschwebe zwischen Erben und Legataren zu sprechen, u. z. aus dém Grund, weil in dieser Zeit die Lösung der Ungewißheit im einen oder anderen Sinne gar nicht möglich ist. Zudem mußte den Römern die Anwartschaft aus bedingten Vermächtnissen schon um deswillen als sehr entfernte gelten, weil ihr bekanntlich die Vererbung versagt ist.

Hätte also Julian jemals den Versuch gemacht, das Anwendungsgebiet seiner Lehre zu erweitern, so konnte er nur daran denken, die reine Pendenz in dém Zeitpunkt eintreten zu lassen, wo die Erbschaft angenommen und die Bedingung auch erfüllt ist. Im Anschluß aber an die sabinianische Regelung der Eigentumsfrage *ante condicionem* (bei Gai. 2, 200) hätte Julians Neuerung einen unnötigen Zwischenzustand eingeführt. In allen Fällen der Legatsannahme, die ja im Leben bei weitem überwiegen, wäre die endgültige Rechtslage — um von der unangetretenen Erbschaft abzusehen — erst nach zweimaligem Wechsel erreicht gewesen. Zuerst wäre das einstweilige Eigentum des Erben, dann das schwebende, endlich das fertige und dauernde des Bedachten auf den Plan getreten.

Dagegen vermeidet die alte Sabinuslehre eine so umständliche Vorbereitung, da sie nach erfüllter Bedingung

sofort das entschiedene Recht des Bedachten dem Eigentum des Erben nachfolgen läßt. Nur wo das Vermächtnis ausgeschlagen wird, kann das ältere System keinen Vorzug vor dem jüngeren in Anspruch nehmen. Wie der Lehre Julians zufolge die Pendenz nach dem Eintritt der Bedingung und nach der Ablehnung zum Wiederaufleben des für den Erben vorher begründeten Rechtes geführt hätte, so mußte in diesem Fall auch Sabinus das Eigentum zwischen den Beteiligten hin- und herschieben, ehe es beim Erben endgültig zur Ruhe kam.

(Fortsetzung folgt.)

Anm. der Redaktion. Auf Wunsch des Herrn Verfassers wird festgestellt, daß der hiermit veröffentlichte Teil der vorstehenden Abhandlung der Redaktion partienweise im Lauf des Juni bzw. Juli d. J. zugegangen und am 11. Juli das ganze Manuskript desselben in ihrer Hand gewesen ist.

VIII.

Zur Terminologie der Besitzverhältnisse.

[Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta.]

Von

Herrn Prof. **Salvatore Riccobono**

in Palermo.

Im letzten Jahre meiner Universitätsstudien, 1889 in Palermo, hatte ich mich eingehend mit der Besitzlehre beschäftigt, und im Dezember desselben Jahres reiste ich nach Deutschland mit einer reichen Ausrüstung von Notizen über die Materie, welche dann während meines Aufenthaltes in München, Leipzig, Berlin einen täglichen Zuwachs erhielt. Ich fühle mich gedrängt, dem Prof. O. Gradenwitz und dem unvergeßlichen Pernice noch jetzt meine Dankbarkeit auszusprechen für den wertvollen Rat, den dieselben mir gaben, nämlich diesen Ballast abzustoßen und mich anderen Studien

zuzuwenden, ein Vorschlag, der mir sogleich einleuchtete. In Straßburg, im Jahre 1893, sagte ich mich los von meinen vierjährigen Aufzeichnungen. Aus diesen entstand ein «ridiculus mus», aber für mich war es die Entlastung, die Freiheit. Und an einem schönen Maitage vertraute ich den majestätischen Wellen des Rheines den Schwur an, daß ich mich nie mehr mit der Besitzlehre plagen würde.

Dieser Schwur wird heute nicht gebrochen. Denn wenn ich es unternehme über ein Thema aus der Besitzlehre zu handeln, so teile ich einfach ein Ergebnis mit, das mir zufällig in die Hände gekommen, indem ich andere Rechtsfragen auf einem benachbarten Gebiete, in der Nießbrauchlehre, durchforschte. Es handelt sich daher um eine wahre, echte Entdeckung; daß das Entdeckte ein Schatz sei, darf ich selbst nicht behaupten.

Ein ungünstiges Schicksal liegt schwer auf dem ganzen Gebiete der Besitzlehre, wenn wir nach so vielen mühsamen Forschungen und lebhaften Debatten, an welchen die berühmtesten Schriftsteller und hervorragendsten Persönlichkeiten der romanistischen Schule teilgenommen, die Bedeutung der technischen Ausdrücke noch nicht kennen, welche in den Quellen vorkommen. Konnte doch noch Jhering in seiner geistreichen Kritik der herrschenden Besitzlehre besonderes Gewicht darauf legen, daß die römischen Quellen für einen Grundbegriff der ganzen Lehre, d. h. für die Innehabung keinen Terminus technicus gehabt hätten. Und im Hinblick auf die Literatur hatte er völlig recht. Auch wenn man die Quellen in ihrer rohen Gestalt in Betracht nimmt, so kann er wenigstens entschuldigt werden.

Aber billigerweise sind wir deshalb noch nicht berechtigt, ein abfälliges Urteil gegen die römische Jurisprudenz auszusprechen; denn trotz allem ist es auch möglich, daß die ursprüngliche Terminologie erst durch Beifügungen und Übertünchungen der Kompilatoren unklar geworden ist, so daß man dieselbe natürlich nicht verstehen, ja sogar nicht einmal wahrnehmen kann, bevor man nicht durch eine Reinigungsarbeit den Stand der Urquellen ans Licht und dadurch die römische Jurisprudenz wieder zu Ehren gebracht hat.

Alle bisherigen Versuche aufzuzählen, welche unternommen wurden, um die Wahrheit aufzufinden, das liegt außerhalb des Rahmens dieser Schrift, nicht nur, weil es zu weit führen würde, sondern auch und vor allem, weil es unnötig ist. Denn der Titel allein dieser Abhandlung ruft jedem Romanisten eine Fülle der verschiedensten und verwickeltsten Vorstellungen ins Gedächtnis zurück, womit man bestrebt war die Ausdrücke zu erklären, welche die Quellen in der Besitzlehre aufweisen. Die mächtige Hand Savignys hatte es versucht, die künftigen Geschlechter aus jenem Labyrinth von Verwicklungen zu befreien, und er wurde von vielen als ein Befreier gepriesen. Die Savignysche Auslegung steht, alles in allem, auch jetzt noch in großem Ansehen. Nach Savigny ist «civilis possessio» nur der zur Ersitzung geeignete Besitz, aus dem Grunde, weil eben die Ersitzung die einzige vom Zivilrecht anerkannte Wirkung des Besitzes sei. Im Gegensatz dazu heiße jedes nicht zur Ersitzung führende Besitzverhältnis «naturalis possessio», einerlei ob es vom prätorischen Rechte anerkannt und geschützt sei oder ob es jedes Schutzes entbehre.

Die Angriffe auf diese Lehre sind unzählige gewesen. Als herrschende kann heute jene bezeichnet werden, welche erklärt: die «civilis possessio» schließe sowohl den zur Ersitzung geeigneten Besitz, als den mit Interdiktenschutz ausgestatteten ein. Diese Auslegung entspricht, wie wir sehen werden, ganz genau den justinianischen Quellen. Dennoch gehen die Meinungen stark auseinander. Z. B. Jhering nimmt selbst einen Doppelsinn des Ausdruckes «civilis possessio» an. Nach seiner Auslegung bedeutet «civilis possessio» einmal «rechtlich geschütztes Besitzverhältnis», ein anders Mal «Annahme eines Besitzverhältnisses von seiten des Rechts», trotz mangelnder «corporalis possessio». Jhering[1]) wie Savigny[2]) fügen hinzu, daß man in den einzelnen Quellenstellen immer erst aus den Umständen entnehmen müsse, in welchem Sinne der Ausdruck «civ. poss.», beziehungsweise «natur. poss.» gemeint sei. Ich verweise auch auf Meischeider und Bekker,

[1]) Der Besitzwille S. 42. — [2]) La Possession, 6. Aufl. [Beving]; vgl. S. 86 und 77.

die nach gründlicher Erwägung folgendes sagten. Meischeider: «der... bestrittene Gegensatz von possessio civilis und possessio naturalis hat für das römische Recht selbst so geringe Bedeutung, daß er aus der römischen Besitzlehre verschwinden könnte, ohne daß dieselbe Schaden litte.... Seine Hauptbedeutung besteht in den Mißverständnissen, die er veranlaßt hat, und durch die er einer der Hebel geworden ist, mittelst deren die Juristen des Mittelalters die römische Besitztheorie aus den Angeln gehoben haben.[1])» Und zustimmend fügte Bekker[2]) hinzu: «über die Resultatlosigkeit der zum Überdruß traktierten Kontroverse über civilis und naturalis possessio vgl. Meischeider, dessen Urteil «die possessio naturalis leidet an dem Mangel der Bestimmbarkeit» auch in dem nicht von ihm benutzten Teile des Materials Bestätigung findet.[3])»

Dies alles ist wahr!

Wenn man den römischen Juristen einen solchen Stand der Sprache zumuten könnte, so müßte man es aufgeben, seine Zeit an ein so mangelhaftes Produkt zu verlieren, obgleich es uns von der aufgeklärtesten Jurisprudenz, welche uns die Geschichte aufweist, geboten wird, da sie aus Mangelhaftigkeit der Sprache und der Ideen in dieser Materie nur dazu gekommen wäre, die wesentlichste juristische Einrichtung des täglichen Lebens zu verwirren.

Wem es also gelingt, diesen Knoten zu lösen, der leistet dem guten Namen der römischen Juristen und zugleich der Rechtswissenschaft einen Dienst; denn die klare und genaue Kenntnis des Sinnes der Worte ist die erste Bedingung von jedem Wissen; sie ist das Oxygen der Wissenschaft, sie reinigt die Begriffe, macht sie klar und wirksam. Liegt denn nicht der glänzendste und dauerndste Ruhm der römischen Jurisprudenz gerade in der Würde, Genauigkeit und Einfachheit der Rechtssprache, die immer noch die Welt beherrscht?

---

[1]) Meischeider, Besitz und Besitzschutz S. 77, vgl. 84. — [2]) Das Recht des Besitzes S. 325 A. 3. — [3]) Weitere Auskünfte über die Literatur siehe in der trefflichen und die Lehre eingehend behandelnden Schrift von Bonfante «La possessio civilis e naturalis» Rivista ital. per le scienze giur. Bd. XVI.

Sehen wir uns also die Sache nochmals an. Das Richtige liegt vielleicht so nahe, wie beim Ei des Kolumbus; man muß nur die verderbtesten Stellen einer strengeren kritischen Prüfung unterziehen.

I.

Die klassische Terminologie.

1.

Possessio naturalis.

«Naturalis possessio» bezeichnet stets und nur das materielle, körperliche Haben einer Sache, also ganz genau dasselbe, was auch «corporalis possessio» genannt wird. Dieses sinnlich wahrnehmbare Verhältnis ist schon an sich eine wesentliche Voraussetzung jeden Besitzes. Der Ausdruck kommt also ganz natürlicherweise in zwei verschiedenen Anwendungen vor: erstens, um das äußere, physische Element des wahren Besitzes zu bezeichnen, welches man oft besonders hervorheben muß, ganz unabhängig von den andern Voraussetzungen[1]), und ist dann gleichbedeutend mit dem Ausdruck «corporalis possessio», der ja in dieser Anwendung öfters vorkommt[2]); und dann zweitens: um das nackte Faktum, d. h. die bloße Innehabung zu bezeichnen, insofern ein Be-

[1]) Paul. ad ed. 41, 2, 1 pr.: quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit. — § 1 Dominiumque rerum ex naturali possessione caepisse. — Jav. epist. h. t. 23 pr.: ... adita hereditate ... possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet. — Paul. ad Plaut. 22, 1, 38, 10: Si possessionem naturalem revocem proprietas mea manet. — Paul. ad ed. 3, 3 h. t.: ... si non antecedat naturalis possessio. — § 13 ... quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possimus. — Gaius ad ed. prov. 41, 3, 5: Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deiectur. — Paul. ad Sab. 15, 1, 8: ... naturalem dationem. — [2]) Paul. ad ed. 1, 15 h. t. Per servum corporaliter pignori datum non adquirere nos possessionem ... — Jav. epist. h. t. 23, 1: corporaliter tamen possessionem amittunt. — Paul. Sent. 5, 11, 2: si rem corporaliter teneant (vgl. Jhering, Besitzw. S. 9). — Ulp. ad Sab. h. t. 29: ... ut corpore desinat possidere. — Pap. quaest. 13, 7, 40, 2: creditor possessionem pignoris quae corporalis apud eum fuit, restituere debet. — Pomp. ad Q. M. h. t. 25, 2: ut potior sit illius corporalis possessio. — Ulp. ad ed. 43, 3, 1, 5: et si corporaliter res in solidum translatae sunt.

sitzverhältnis, welches auch der Grund der Ausschließung sein mag, gar nicht besteht oder nicht anerkannt werden kann. Der Ausdruck gibt also in dieser letzten technischen Bedeutung ein bloß faktisches Verhältnis kund, ohne jedwede juristischen Folgen. Gleichbedeutende Ausdrücke, um dieses Faktum zu bezeichnen, sind «tenere, detinere, habere, in fundo esse, in possessione esse».[1])

So verschieden nun auch die Anwendungen des Beisatzes «naturalis» sind, so dürfen sie doch nicht als inhaltlich verschieden gelten. Der Beisatz stellt uns vielmehr beidemal ein und dasselbe vor, nämlich das sinnliche, körperliche Verhältnis des Menschen zu einem Objekte. Er kann also sehr gut in zwei Erscheinungen vorkommen, indem jener natürliche Zustand grundsätzlich bei der Detention wie beim eigentlichen Besitz erfordert wird. Genau so geschieht es bei anderen Spracherscheinungen. Das Adjektiv «naturalis» dem Substantiv «filius» beigefügt bezeichnet stets das Erzeugungsverhältnis und nichts anderes. Dennoch wird es in zwei verschiedenen Anwendungen gebraucht; einmal um die außer der Ehe geborenen Kinder im Gegensatze zu ehelichen zu kennzeichnen, ein anderes Mal um die ehelichen von den Adoptivkindern zu unterscheiden.[2]) Im ersten Falle ist das Erzeugungsverhältnis in den Vordergrund gestellt, und damit ist besagt, daß das außer der Ehe geborene Kind außerhalb der Familienordnung bleibt; im zweiten Falle ist das Erzeugungsverhältnis nur eine zugrunde liegende Voraussetzung der legitimen Kindschaft, welche man in diesem Fall hervorheben muß. Der Vorwurf also, den Jhering gegen die römische Jurisprudenz erhebt, das Wort «naturalis» in dem Besitzverhältnisse «als einen leidigen Notbehelf»[3]) im Doppelsinne gebraucht zu haben, ist nicht gerechtfertigt und ist ein voreiliger.

Nachdem wir das vorausgeschickt, gehen wir auf die verschiedenen Fälle der Innehabung über und wollen zusehen, inwiefern uns bei dieser Wendung das physische Haben der

---

[1]) Vgl. D. 41, 2, 10, 1 und 45, 1, 38, 9. — [2]) So im fr. 10 D. 1, 9: sive naturales sive adoptivi sint liberi senatorum; fr. 1, 4 D. 38, 8: in familia naturalis patris . . . in familia adoptiva. — [3]) A. a. O. S. 43.



Sache als solches entgegentritt, d. h. als ein Verhältnis, welches jeden Schutzes des prätorischen Rechts entbehrt und sonst im Rechte gar keine Rolle spielt.[1])

Diese Ausschließung nun von jeder Anerkennung des Besitzes kann aus verschiedenen Gründen herkommen.

a) Aus Mangel am Willen. Die physische Innehabung bildet dann kein Besitzverhältnis, wenn das Subjekt die qualifizierte Absicht, die Sache besitzen zu wollen, nicht hat. Das ist im Fragm. 3 § 3 D. 41. 2 ersichtlich:

> Paulus ad ed.: Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio.

Abgesehen von dem Beispiele, welches im Texte folgt, wird hier als ein allgemeiner Grundsatz ausdrücklich hingestellt, daß das materielle Innehaben der Sache im voraus bestehen kann und dasselbe erst in dem Augenblicke zum Besitze erhoben wird, wenn das Subjekt die Absicht gefaßt hat, die Sache besitzen zu wollen. Die Angriffe Jherings gegen die Subjektivitätstheorie in der Besitzlehre zerfallen gegenüber einem solchen Texte. Bei anderen Quellenentscheidungen tritt dasselbe Ergebnis scharf hervor. So überhaupt im Fragm. 47 h. t.:

> Papinianus XXVI. quaest. Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi possidere neque reddere constitueris confestim amisisse, me possessionem vel ignorantem responsum est.[2])

b) Wegen des Grundes des Habens selbst. Das Verhältnis gilt als bloße Innehabung, weil im gegebenen Falle der rechtlich anerkannte Grund des Habens jedes Besitzverhältnis ausschließt. Es gehören hierher, wie bekannt, die Fälle des Kommodatars, des Kolonen, des Depositars, des Nießbrauchers usw., wo das Recht selbst, indem es jemandem auf Grund des Rechtsgeschäfts eine Macht über die Sache verleiht, sie nur in einem bestimmten Maße, in gewissen Grenzen erteilt, welche gerade die juristische Folge des

[1]) Über die Bedeutung der Innehabung im Rechte vgl. im übrigen Jhering a. a. O. S. 47f. — [2]) Vgl. noch fr. 20 h. t.



Besitzes ausschließen. Diese sogenannte Objektivitätstheorie mag einstweilen nur mit einem Hinweis auf Jherings Werk «der Besitzwille» erwähnt werden; uns steht nur zu, die Terminologie der Quellen in allen diesen Anwendungen hervorzuheben, und in diesen heißt es wie folgt:

Jul. dig. 41, 5, 2, 1: possessio non solum civilis sed etiam naturalis intellegatur. et propterea responsum est neque colonum neque eum apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.

Ulp. ad ed. 10, 3, 7, 11: Neque colonis neque eis qui depositum susceperunt hoc iudicium competit, quamvis naturaliter possideant.

Ulp. ad ed. 43, 16, 6, 2: nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident.

Paul. ad ed. 41, 2, 3, 20: Sed si is, qui apud me deposuit [vel commodavit], ... qui ne possidebam quidem.

Just. c. 12 C. 7, 32: sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius per quem licentia est nobis possidere corporaliter.[1])

Für den Nießbraucher:

Ulp. ad ed. h. t. 12 pr.: Naturaliter videtur possidere is qui usum fructum habet.

Pap. definit. h. t. 49 pr.: cum naturaliter teneatur a fructuario.

Ulp. ad ed. 43, 3, 1, 8: neque usus fructus ... possidetur, sed magis tenetur.

Ulp. Fragm. Vat. 90: quia non possidet legatum sed potius fruitur.[2])

c) Wegen Vermögensunfähigkeit. Haussöhne und Sklaven können nichts besitzen, sie sind vielmehr kraft ihres Standes in jedem einzelnen Besitzfall bloße Inhaber. Die Quellen äußern sich so[3]):

[1]) Vgl. fr. 25 § 1 h. t. — [2]) Vgl. Gai. IV, 153; fr. 6, 2 D. 43, 26. — [3]) Vgl. Sokolowski, Die Philos. im Privatrecht Bd. II S. 164 f.



für die Haussöhne:

Jul. dig. 41, 5, 2, 2: Filium quoque donatam rem a patre pro herede negavit usucapere Servius, scilicet qui existimabat naturalem prossessionem penes eum fuisse vivo patre.

Papin. resp. V. F. 258 (= D. 10, 2, 35): filiam etenim, quae naturaliter agros tenuit.

Für Sklaven:

Papin. definit. 49 § 1 h. t.: Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est.

Ulp. ad Sab. D. 45, 1, 38, 7: sed quamvis civili iure servus non possideat, ad possessionem naturalem hoc referendum est.

d) Wegen Unfähigkeit des Objekts. Die Sache ist dem Kreise der Privatberechtigung ganz entzogen, und daher gilt jedes faktische Herrschaftsverhältnis über dieselbe, ohne Rücksicht auf seinen Grund und auf die Auffassung des Subjektes als bloße Innehabung.

Paulus ad Sab. h. t. 30, 1: locum religiosum aut sacrum non possumus possidere . . . sicut hominem liberum.[1]

e) Wegen Unselbständigkeit des Objekts. Endlich ist ein Besitz von Sachen, die ihre juristische Selbständigkeit verloren haben, indem sie als Bestandteile einer andern Sache oder eines größeren Ganzen erscheinen, nicht möglich. [Siehe weiter unten II, 3.] Die Meinungsverschiedenheit der Juristen in einem hierher gehörigen Falle wollen wir einstweilen hier nicht berühren.

Die Quellen sprechen also mit der Wendung «naturalis possessio» oder «naturaliter tenere, possidere» das Innehabungsverhältnis aus. Alle so bezeichneten Fälle tragen ein und dasselbe Gepräge: das faktische Haben der Sache wird nie als Besitz anerkannt, was immer auch der Grund einer solchen Ausschließung sein mag. Die Sprache stellt nur das dar, was in der Tat da ist; denn außer dieser Tat-

[1]) Vgl. fr. 23 § 2 h. t.; fr. 34 in f. D. 45, 3.

sache erkennt das Recht nichts an. Die Beziehung der Person zur Sache gilt als bloße Innehabung.

Was uns anbelangt, müssen wir nun feststellen, daß die Quellen nur eine Bedeutung der Wendung «naturalis possessio» kennen, deren Sinn klar ist wie das Sonnenlicht. Einen Doppelsinn wie v. Savigny gemeint hat, gibt es nicht. Noch mehr: die Wendung erscheint nie im Gegensatz zu «possessio civilis». Die Quellenzeugnisse, welche mit dieser Terminologie nicht vereinigt werden können, sollen später in Betracht gezogen werden.

2.
Civilis possessio.

Possessio civilis ist das Besitzverhältnis, welches auf eine «iusta causa» des Habens gegründet ist. Das ist schon von vornherein ganz in Ordnung und selbstverständlich, da der Beisatz «civilis», wo er erscheint, bedeutet, daß das so bezeichnete Verhältnis vom Zivilrecht anerkannt und mit besonderen zivilrechtlichen Folgen ausgestattet ist. Und es will nichts besagen, daß der Besitz eine «res facti» ist; denn es ist nichtsdestoweniger wahr, daß sich an diese Tatsache, wenn besondere Voraussetzungen vorhanden sind, juristische Folgen von großer Bedeutung anknüpfen. Jene Voraussetzungen gehen eben vom «ius civile» aus, und wo sie erscheinen, spricht man ganz korrekt von «civilis possessio». So können Sklaven und Haussöhne «iure civili»[1]) nicht besitzen, da sie nach den grundsätzlichen Prinzipien des Zivilrechts die Vermögensfähigkeit gänzlich entbehren. Der beschenkte Ehegatte besitzt nicht die ihm von dem anderen übergebene Sache wegen des vom ius civile festgesetzten Verbotes der Schenkung zwischen Ehegatten, wodurch der Grund der Übergabe der Sache vernichtet wird.[2]) Der Unmündige kann «civilis possessio» nicht erwerben oder übertragen ohne die Bevollmächtigung des Vormundes, da

---

[1]) Vgl. Ulp. D. 45, 1, 38, 7: quamvis civili iure servus non possideat. — [2]) Paul. ad Sab. D. 24, 1, 26 pr.: licet illa iure civili possidere non intellegatur.



er wegen Mangels voller Handlungsfähigkeit keine «iusta causa» hervorbringen kann.[1])

Daß von Rechts wegen der Besitzerwerb dem Gewalthaber beigemessen wird, ist möglich, insofern die Gewalt des Herrn eine zivilrechtlich begründete ist.[2]) So sagt Javolen fr. 23 in f. D. h. t.:

> Jav. epist.: ... respondit: si vinxeris hominem liberum ... multo minus per illum res eius a te possidebuntur: neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter[3]) in mea potestate non habeo.

Also die «possessio civilis» erkennt man daran, daß sie durchaus den Grundprinzipien des Zivilrechts untersteht. Ihr Merkmal besteht in dem gerechten Grunde der Besitzerlangung. Ohne dieses gibt's keine «civilis possessio», höchstens Interdiktenbesitz, vorausgesetzt, daß im gegebenen Falle die Fähigkeit des Subjekts zu besitzen vorhanden und das Objekt von der Privatberechtigung nicht ausgeschlossen ist.

Bemerkenswert ist noch, daß nach dem Rechte der republikanischen Zeit in besonderen Fällen, in welchen die Anerkennung der «civilis possessio» durch eine Norm des Zivilrechts ausgeschlossen war, auch die Anerkennung jedweden Besitzes ausgeschlossen blieb, also auch des Interdiktenbesitzes. Die Jurisprudenz der Kaiserzeit dagegen hat das Prinzip durchgeführt, daß in Fällen, wo der Grund der Ausschließung des Besitzverhältnisses nur relativ und nicht absolut war, der Annahme des Interdiktenbesitzes kein Hindernis im Wege stehen solle. Das hat nämlich Julian zugunsten des beschenkten Ehegatten durchgeführt[4]); und

---

[1]) Vgl. unten II, 6. — [2]) Der Fall, wo diese Möglichkeit im klassischen Rechte gegeben war, ist unten ausgeführt (vgl. II, 4). — [3]) Javolen hat sehr wahrscheinlich iure civili geschrieben. Es wird sich nachher [unten II] zeigen, daß die Kompilatoren die adverbiale Wendung «civiliter» besonders vorgezogen haben. — [4]) Paul. ad ed. D. 41, 6, 1 in f.: possidere autem uxorem rem a viro donatam Iulianus putat; Ulp. ad ed. D. 5, 3, 13, 1: item in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus: *[et placet nobis]* Iuliani sententia pro possessore possidere *[eum]*; die Stelle ist sonst von den Kompilatoren verkürzt, um die Meinungsverschiedenheit der Juristen in diesem Punkte zu beseitigen. Ein klares Merkmal der Interpolation ist in der Wendung «*placet nobis*» zu sehen, darüber

zugunsten des Pupills schon Ofilius und dann Nerva, der Sohn, wenigstens behauptet.[1])

Die weitere Entwickelung dieses Gedankens kann einstweilen unterbleiben. Hier ist von Belang, bei der Beobachtung zu verweilen, daß der gerechte Grund bei der Besitzerlangung von grundsätzlicher Bedeutung war für alle weiteren Folgen, welche sich an das Besitzverhältnis im Gebiete des Zivilrechts knüpfen konnten. Die Theorie der Kaiserzeit hat in dieser Richtung kaum etwas geändert. Nun wird eine »iusta causa» bei Besitzerlangung gefordert für den Eigentumserwerb und für die Möglichkeit der Ersitzung; folglich auch für den Schutz durch die Publiciana und für die «accessio possessionis», soweit sie im klassischen Rechte anerkannt ist.

Savigny hat diesen Punkt in gewissem Sinne erkannt und hervorgehoben. Dennoch übertrieb er, indem er die «civilis possessio» überhaupt nur als den zur Ersitzung geeigneten Besitz bezeichnete.

So kam er dazu, als einzige maßgebende Folge derselben jene zu betrachten, welche eben am meisten in die Augen fällt wegen des schwebenden Zustandes, der in solchem Falle für den Eigentumserwerb eintritt. Aber diese Folge ist gewiß nicht die gewöhnlichste, auch nicht die bedeutendste, um so weniger denn die einzige der «civilis possessio». Vielmehr ist letztere, soweit es sich um den Verkehr unter Lebenden handelt, die unerläßliche Voraussetzung für den Eigentumserwerb. Dieser vollzieht sich stets mittels Besitzübertragung, genauer durch Besitzerlangung von seiten des Berechtigten, und ein solcher Besitz ist eben eine «civilis possessio», d. h. die Verwirklichung einer gerechten Beziehung der Person zur Sache.

Eigentumserwerb kann, anderseits, trotz der gerechten Besitzerlangung, wegen besonderer Umstände unterbleiben,

---

vgl. Pampaloni im «Archivio giur. Bd. 55 S. 510f. Und endlich: fr. 1 § 4 D. h. t. [Paulus]: Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest.

[1]) Paul. ad ed. D. 41, 2, 1, 3: Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti non iuris esse.



so wegen Mangels im Recht des Übertragenden; es kann auch die Ersitzung ausgeschlossen sein wegen des bösen Glaubens des Erwerbers, und dennoch darf bei allen diesen Fällen nicht unbeachtet bleiben, daß eine tatsächliche Beziehung besteht, und zwar hervorgerufen durch einen vom Zivilrecht anerkannten Grund. Solcher rechtmäßigen Gründe der Besitzerlangung gibt es also so viele wie für den Eigentumserwerb, nur daß der Besitz in den Vordergrund tritt, wo der Erwerb des Eigentums einstweilen oder überhaupt in besonderen Fällen unterbleibt. In alter Zeit wurden solche rechtliche Gründe vom Zivilrecht bestimmt: mancipatio, cessio in iure usw. Mit dem Fortschritte des römischen Rechtssystems wurden neue, im Gebiete des ius gentium erwachsene Gründe den älteren völlig gleichgestellt: occupatio, specificatio, emptio usw.

Ein berühmter Pandektentext wird dadurch klar und verständig erscheinen. Denn Paulus schreibt:

> fr. 3 § 21 h. t.: Genera possessionum tot sunt, quot et causae adquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore: pro donato: pro legato: pro dote: pro herede: pro noxae dedito: pro suo, sicut in his quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae.[1])

Der Jurist betrachtete gewiß in diesem Punkte unmittelbar die «civilis possessio». Der Inhalt der Stelle deckt sich genau mit meiner Ausführung, und ich brauche daher nichts hinzufügen. Das «unum genus possidendi», wovon hier

---

[1]) Die Kompilatoren haben gewiß die eigentlichen Erwerbsgründe des Zivilrechts aus diesem Texte gestrichen. In dieser Richtung belehren schon andere Texte, wovon ich nur zwei zur Übersicht vorlegen will:

Gai. II. 87. Igitur quod liberi nostri quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquirunt.

Paul. D. 41, 2, 1, 15: Per servum corporaliter pignori datum non adquirere nos possessionem Iulianus ait (ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri ad usucapionem) nec creditori, quia nec stipulando nec ullo alio modo per eum adquirat *cet.*

Paulus spricht, bezieht sich zweifellos auf die civilis possessio, und diese nähere Bezeichnung erschien vielleicht in irgendeiner Weise im Kommentar von Paulus und verschwand in der Kompilation. Denn es ist bemerkenswert und wurde auch stets beobachtet, daß in den Justinianischen Quellen der Ausdruck «civilis possessio» nur sporadisch zu lesen ist.

Was dann die Kritik von Paulus gegen Q. Mucius, im § 23, anbelangt, so gehört sie nicht in den Rahmen dieser Abhandlung; dennoch kann ich mich nicht enthalten zu sagen, daß der große republikanische Jurist in seiner Einteilung der Besitzverhältnisse gerade von dem rechtlichen Grunde des Habens der Sache geleitet war; und so konnte er besondere Fälle einfacher Innehabung an diese Kategorie der «civilis possessio» anschließen. Ob wohl die Meinung des Q. Mucius und die Kritik von Paulus uns genau überliefert sind?

Jedenfalls beweist Paulus' Vorwurf gegen Q. Mucius in der greifbarsten Weise den großen Fortschritt, der im Gebiete der Besitzlehre durch die Arbeit der klassischen Jurisprudenz sich vollzogen hatte.

Dadurch ist auf die unwiderleglichste Weise die Savignysche Vorstellung von der «civilis possessio» verbessert und auf ihre richtigen Grenzen zurückgeführt. Nicht in der Möglichkeit der Ersitzung liegt das Erkenntnismerkmal der «civilis possessio», sondern im rechtlichen Grunde der Besitzerlangung. Die Ersitzung ist nur eine Folge, die begreiflicherweise in den Quellen in hellerem Lichte hervortritt. Warum sollte denn eine «civilis possessio», abgesehen von der Ersitzung, nicht angenommen werden können? Im fr. 38 § 7 D. 45, 1 ist von folgender Stipulation die Rede: possidere mihi spondes? Ulpian antwortet: utilis est. Worin könnte denn in einem solchen Fall der Grund zum Zweifel liegen? Als Inhalt der Obligation ist hier m. E. nur das „besitzen können", nicht das Haben des Eigentums gemeint. Eine solche Obligation kann wohl verschiedenen Zwecken dienen. Die Frage der Ersitzung kommt dabei einstweilen und vielleicht überhaupt gar nicht in Betracht. Daß es sich in dem obigen Falle um eine «civilis possessio» handelt, ist m. E. in der Fortsetzung des Textes klar ausgedrückt, indem Ulpian

in bezug auf einen als Stipulator gemeinten Sklaven hinzufügt: quamvis civili iure servus non possideat; also, wenn wir von dem Sklaven absehen, dann mußte aus einer solchen «Stipulatio» notwendigerweise eine «civilis p.» folgen; eben weil dieselbe sich auf eine vom ius civile anerkannte «causa» gründet.

Nach alldem kann man sagen, daß die «civilis poss.» eine besondere Kategorie des Besitzes und zwar eine höhere, vollkommenere bildet, welche im Bereich des Zivilrechts wirkungsvoll erscheint.

Gegen diesen Standpunkt hat man hervorgehoben, daß in den Quellen sich wirklich Fälle von «iusta poss.» zeigen, die gewiß mit der «civilis p.» nichts zu tun haben; z. B. in zwei Erscheinungen: beim Besitze des Pfandgläubigers und des Prekaristen.

> Gaius ad ed. prov. fr. 13 § 1 D. VI, 2: Interdum quibusdam nec iustis possessionibus competit Publicianum iudicium: namque pigneraticiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium, illa scilicet ratione quia neque creditor neque is qui precario rogavit eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.

> Paul. ad ed. fr. 22 § 1 D. 9, 4: Is qui pignori accepit vel qui precario rogavit non tenetur noxali actione: licet enim iuste possideant, non tamen opinione domini possident: sed hos quoque in potestate domini intellegi, si facultatem repetendi eos dominus habeat.

Es ist einleuchtend, daß hier die Juristen diese Erscheinungen ganz besonders hervorheben. Die «iusta possessio» ist hier im weiteren Sinne gemeint, im Gebiete des honorarischen Rechts, also des Interdiktenbesitzes. Diese «causa possidendi», vom honorarischen Rechte anerkannt, liegt ganz außer dem Zivilrecht und dem gleichgestellten «ius gentium». Folglich können jene Besitzverhältnisse schon deswegen nicht als Fälle der «civilis possessio» genannt werden.

Wir schließen also auch hier die Erörterung mit der bestimmten Behauptung, daß das römische Recht nur einen einheitlichen Begriff der «civilis p.» kennt, welcher sich aus-

zeichnet durch den rechtlichen Grund der Erlangung und daher mit den mannigfachsten zivilrechtlichen Folgen ausgestattet ist. Sie unterscheidet sich scharf von der Kategorie des Interdiktenbesitzes, der nur prätorische Anerkennung genießt und seinen Ursprung im Honorarrechte fand. Die Quellenzeugnisse, in denen der Ausdruck «civilis p.» jedes Besitzverhältnis umschließend, im Gegensatze zur bloßen Innehabung steht, sind eben byzantinischer Mache.

3.
Possessio ad interdicta.

Possessio antonomastisch bezeichnet, ist der Interdiktenbesitz, also jene Beziehung der Person zur Sache, die als solche vom honorarischen Rechte geschützt ist, gleichgültig, ob der Grund, worauf sich das tatsächliche Haben stützt, ein gerechter oder ungerechter ist. Das Verhältnis entsteht, sobald die beiden Voraussetzungen, die zur Annahme des Besitzes überhaupt erforderlich sind, zusammentreffen: d. h. die körperliche Beziehung zur Sache und die Absicht, dieselbe besitzen zu wollen. Die Abschwächung des einen oder des anderen Elements hinsichtlich der Erlangung, der Dauer und des Verlustes des Besitzes gehört der fortgeschrittenen Verarbeitung der Lehre an und wird hier nicht weiter verfolgt. Hier ist vielmehr zu erwähnen, daß für den Interdiktenschutz nur besondere «vitia» des Besitzes in Betracht kommen, nämlich Gewalt, Heimlichkeit und precarium, soweit dieselben gegenüber dem Gegner platzgreifen; sonst genießt jedwedes Besitzverhältnis den prätorischen Schutz: qualiscunque enim possessor, hoc ipso quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet.[1])

Das alles ist in den Quellen klar und in der Literatur über die Besitzlehre unbestritten anerkannt.

Nun haben die Römer zur genauen Bezeichnung dieses Besitzes keinen Beisatz nötig gehabt. Das versteht man jetzt ganz von selbst. Denn das Wort possessio selbst nach seiner gewöhnlichen Anwendung und im Volkssprach-

---

[1]) D. 43, 17, 2; vgl. 41, 2, 3, 5.

gebrauche drückt den Begriff der Willensbehauptung, der vollen Beherrschung der Sache aus, was schon in der Etymologie des Wortes «potis sedere» oder «pote sedere» ganz energisch hervortritt, wie Bonfante sehr schön ausgeführt hat.[1]) Der Interdiktenbesitz bildet eben die große und allgemeine Kategorie der Besitzverhältnisse, war in der klassischen Jurisprudenz der Schwerpunkt der ganzen Lehre und unterschied sich, wo nötig, ganz scharf von den anderen Gattungen, insofern diese schon besondere Bezeichnungen hatten. Um diesen Besitz jedoch zu bezeichnen, wird hier und da eine Umschreibung gebraucht, mit Erwähnung des prätorischen Schutzes. Er wird also bezeichnet als: possessio, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi[2]) (Ulp. D. 6, 1, 9); sed et eam rem, cuius possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim (Venul. Int. D. 43, 26, 7).[3])

Dieser prätorische Schutz ist also das einzige Merkmal solcher Besitzgattung.

4.

Rückblick.

Die römische Terminologie der Besitzverhältnisse ist, wie wir schon ersehen haben, fest und klar und überhaupt von überraschender Einfachheit. An dieser Terminologie

---

[1]) In «Studi Senesi» Scritti giuridici in onore di L. Moriani Bd. I S. 176f. Vgl. Walde, Etymol. v. potis. — [2]) Diese Worte sind im obigen Texte unverdächtig und werden von niemandem beanstandet. Im übrigen ist das Fragm. stark durch die Kompilatoren bearbeitet. Das ist heutzutage von vielen Seiten hervorgehoben und liegt auf der Hand. Vgl. Siber, Die Passivlegitimation bei der reiv. S. 26f.; Kübler in dieser Z. Bd. 29 S. 481f.; Seckel bei Heumanns Handlex. v. vindicare, vgl. v. possidere, tenere; De Ruggiero im «Bullettino» Bd. XIX S. 54. Das alles betone ich ausdrücklich, da Beseler, «Beiträge» S. 20, auch gegen die Worte: quidam tamen ut Pegasus *reliq.* Verdacht erhoben hat, ohne jedoch bestimmte Grenzen der Interpolation zu ziehen und Gründe anzugeben. Wenn dieser Verfasser die Restitution dieses Textes im Sinn Seckels annimmt, so habe ich nichts einzuwenden; andernfalls müßte ich sagen, daß er einen grundlosen Verdacht aufgeworfen hat. — [3]) Vgl. D. 41, 3, 16; D. 41, 2, 1, 15.

können wir jetzt festhalten; sie ist kurz zusammengestellt folgende:

Possessio naturalis ist stets das äußere, körperliche Verhältnis der Person zur Sache, und weiter nichts. Wenn also ein Besitzverhältnis aus irgendeinem Grunde nicht anerkannt werden kann, dann tritt dieses physische Haben in den Vordergrund und heißt «naturalis possessio» = Innehabung.

Possessio civilis ist das Besitzverhältnis, welches sich auf einen vom ius civile (und gentium) anerkannten Grund stützt und deswegen vom Rechte mit den mannigfachsten Folgen gebilligt wird.

Possessio, schlechthin gesagt, ist das faktische Verhältnis der Person zur Sache, das als solches vom ius honorarium mit Interdiktenschutz gegen jede Störung und jeden Angriff geschützt wird.

Diese Terminologie entspricht vollkommen der Realität des Lebens, also der Volkssprache und den Rechtsordnungen. Denn der Beisatz «naturalis» zu Besitz wie zu «obligatio, filius, familia, vis» dient stets dazu, eine Beziehung, einen Zustand, eine Tat, ein Ereignis anzudeuten, welches wohl im menschlichen Leben oder in der Natur wirkt, aber außer dem Bereiche der Rechtsordnung liegt. Possessio civilis ist im Gegensatz dazu bloß die für das Recht vollkommene faktische Beziehung der Person zur Sache, welche wenigstens alle äußeren und unmittelbaren von der Rechtsordnung gestellten Voraussetzungen in sich begreift und daher rechtliche Wirkungen erzeugt.

Als possessio wird endlich das, als solches vom Menschen gewollte und verwirklichte faktische Haben bezeichnet. Dieses ist vom ius honorarium vorläufig geschützt, unabhängig von jeder Nachforschung über seinen Ursprung, der ein ungerechter sein mag.

Die drei Gattungen der Besitzverhältnisse stehen unter sich in keinem Gegensatze, da sie verschiedenen Ordnungen angehören, die erste sogar außer jeder Rechtsordnung liegt. *Einen* Gegensatz gibt es zwischen diesen Besitzkategorien, gewiß, aber nur *einen* wesentlichen, d. h. den Gegensatz vom

«ius» und «factum». Die «civilis poss.» hat zivilrechtliche Voraussetzungen und ist in diesem Sinne eine «res iuris», oder besser, sie nimmt viel vom Rechte auf.[1]) Dagegen ist die «possessio» als solche weiter nichts als ein faktisches Verhältnis; wo daher die Juristen sagen «der Besitz ist eine res facti», betrachten sie ausschließlich und unmittelbar die «possessio ad interdicta».[2])

Auch stehen die Besitzkategorien in einer Abstufung zueinander, wobei die «poss. naturalis» die niedrigste Stufe bildet, die «poss. civilis» die höchste und vollkommenste, die «poss. ad interdicta» die mittlere und zugleich die breiteste. Merkwürdigerweise finden wir diese Abstufung der Besitzverhältnisse, so wie hier klargelegt, auch in der griechischen Erläuterung des fr. 3 § 15 D. 10, 4, die folglich lautet:

> *τῶν νομῶν αἱ μέν εἰσιν ἔννομοι καὶ πολιτικαί, ὥσπερ ἡ ἐπὶ οὐσουκαπίονι· κυρίως γὰρ νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή· αἱ δὲ μόνον ἔννομοι, ὡς ἐπὶ τῶν ἰντερδίκτων· αἱ δὲ φυσικαί, ὡς ἐπὶ τοῦ κομμοδάτου καὶ πιγνερατικίας· ἕτεροι γὰρ νέμονται.*[3])

Eine beachtenswerte Erläuterung; wir finden hier die drei Besitzkategorien ganz scharf und genau gesondert. Nur einen Fehler zeigt der Text, indem er den Besitz des Pfandgläubigers zu der Innehabungskategorie zählt. Das beweist aber, daß unsere griechische Auseinandersetzung, obschon aus klassischen Elementen zusammengesetzt, dennoch ein Flickwerk späterer Zeit ist, und als solches mußte es notwendigerweise aus dem Fragm. 3 § 15 D. 10, 4, zu dessen

---

[1]) Vgl. Papin. fr. 49 pr. h. t.: et plurimum ex iure possessio mutuetur. § 1 sed et iuris est. Daß dann auch die poss. civilis faktische Elemente vorraussetzt, soll nicht übersehen werden, und wird gerade von Papinian hervorgehoben: D. 4, 6, 19: placet interruptam (usucapionem) postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet; causa vero facti non continetur postliminio. — [2]) Siehe die Texte oben S. 331. 332 in den Anm. Manchmal bezieht sich das Wort «factum» ausschließlich auf das physische Element im Gegensatze zum «animus»: vgl. Ulp. fr. 29 D. h. t. und fr. 1 § 15 D. 47, 4 ... possessionem ... quae facti est et animi. — [3]) B. XV, 4, 3; sch. 25 [Zachariae, Suppl. S. 53].

Erläuterung es dienen sollte, auch etwas aufnehmen. Die Erläuterung wird dem Anon. zugeschrieben.

So ist die Terminologie, die wir in den römischen Rechtsquellen finden, und sie findet sich auch in der justinianischen Kompilation; sie ist klar, einleuchtend und daher allen bekannt und auf den ersten Blick verständlich; sie bildet überhaupt den Ausgangspunkt für alle Erklärungen der Schriftsteller, wurde jedoch verdunkelt durch einzelne Texte, welche, von Justinian geändert und in der Kompilation besonders hervorgehoben, die Kraft gehabt haben, einen undurchdringlichen Schleier über jene lichtvollen Wendungen der Römer zu werfen.

5.

Der klassische Sprachgebrauch am Fragm. 2 § 2 D. 41, 5 erprobt.

Zum Schlusse dieser Ausführung soll wenigstens *eine* Stelle erläutert werden, welche dazu dient, die Richtigkeit unserer Ergebnisse zu bestätigen. Dieselbe gibt uns den einzigen klassischen Text, worin uns zwei Fachausdrücke des Besitzes nach römischem Sprachgebrauch nebeneinander geboten sind. Der Text stammt von Julian und ist uns, wie gesagt, in echter Gestalt erhalten:

> Iulian. XLIV dig. Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur, et propterea responsum est neque colonum neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse.

Hier sind offenbar mehrere Beispiele der «poss. naturalis» angegeben, und es sind durchweg Innehabungsfälle. In dieser Hinsicht also ist alles sicher und klar. Die «poss. naturalis» bedeutet nichts anderes als die bloße Innehabung.

Die «poss. civilis» ist dann gewiß als höchste Stufe der Besitzverhältnisse an erster Stelle genannt. Die Regel des Zivilrechts: neminem sibi causam possessionis posse mutare findet in ihr ganz natürlicherweise unmittelbare Anwendung, ist sogar ihretwegen im Zivilrecht erwachsen, um die zivil-

rechtlichen Wirkungen des Besitzes auszuschließen, wo der gerechte Grund des Habens der Sache von vornherein nicht zureichend ist.

Der Besitz «pro possessore» gilt gewiß nicht als «poss. civilis», weil das Verhältnis eines rechtsmäßigen Grundes entbehrt; aber es ist auch nicht eine «poss. naturalis», wie wir später in bezug auf den Fall des beschenkten Ehegatten sehen werden, und doch findet die genannte Regel ohne Zweifel auch auf diesen Besitz volle Anwendung.[1])

Die Auslegung der Julianischen Stelle ist also notwendigerweise folgende:

Der Jurist bezeichnet, um die umfassende Kraft der Regel darzustellen, in seiner Ausführung die Extreme der Besitzverhältnisse, das höchste und das niedrigste, die poss. civilis und die poss. naturalis; und so drückt er ganz scharf und genau die allgemeine Wirkungskraft der Regel in ihrer ganzen Ausdehnung aus. Sonach gilt sie nicht nur für den Besitz, welcher sich auf einen rechtmäßigen Grund stützt, sondern auch für die bloße Innehabung. Alle anderen Besitzverhältnisse sind eingeschlossen. Also ist auch die poss. pro possessore und im allgemeinen der Interdiktenbesitz, da er in der Mitte der Abstufung steht, von der Regel inbegriffen. Der Text stellt folglich nicht einen einfachen Gegensatz zwischen p. civ. und p. natur. dar, wie man glaubte, sondern betrifft geradezu alle Besitzverhältnisse. Da diese eine Abstufung bilden, so war es genügend, die zwei Extreme hervorzuheben, um uns eine vollständige Übersicht über das Ganze zu geben.

Die umfassende Kraft der Regel ist somit scharf ausgedrückt. Unser Text bietet denn eine erste und klare Bestätigung der römischen Terminologie in der Besitzlehre, die in dieser Schrift ans Licht gebracht ist und im folgenden ganz außer Zweifel gestellt werden soll.

---

[1]) Ulp. ad ed. D. 43, 26, 6, 3: Iulianus ait, eum qui vi alterum deiecit et ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere et incipere precario: neque existimare sibi ipsum causam possessionis mutare *cet.*



II.

Die Justinianische Terminologie.

Wenn nun nach der bisher gegebenen Übersicht der Quellenzeugnisse alles klar und glatt ist, so müssen wir jetzt jene Pandektenfragmente, welche die ganze Verwirrung in die Lehre gebracht haben, einer genaueren Prüfung unterziehen. Es sind dies übrigens wenige Stellen, aus denen Savigny hauptsächlich den Begriff der civilis und naturalis possessio abgeleitet hat und welche andere Schriftsteller zu den verschiedensten Erklärungen veranlaßt haben.

1.

Wir müssen bei jener unheilvollen Stelle anfangen, welche die Schuld trägt, die ganze Verwirrung in unsere Materie gebracht zu haben. Ich meine das Fragm. 1 §§ 9, 10 D. 43, 16. Ich lasse die Stelle wie sie lautet, und zwar die von Tribonian eingesetzten Worte in Kursivschrift abdrucken.

> § 9. Deicitur is qui possidet, *[sive civiliter sive naturaliter]* possideat: nam et *[naturalis]* possessio ad hoc interdictum pertinet.
>
> § 10. Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti: *[non tamen si colonus]*.

Was sagt diese Stelle? Bei unbefangener Auslegung kann sie nur das bedeuten, daß jede naturalis possessio den Schutz dieses Interdikts genieße. Dieses Ergebnis hat freilich fast allgemeinen Widerspruch erregt, und vom Standpunkt des klassischen Rechts ist derselbe wohl berechtigt. Daher blieb kein anderer Ausweg als anzunehmen, daß die naturalis possessio hier im Gegensatz zur civilis possessio den Interdiktenbesitz bedeute. Folglich — denique — erwerbe der beschenkte Ehegatte an der auf ihn übertragenen Sache naturalis possessio, eben im Sinne des Interdiktenbesitzes. Auf diese Weise wurde die römische Terminologie des Besitzes plötzlich verschoben. Um die Scylla zu vermeiden, zerschellte man an der Charybdis. Die Verwirrung triumphierte.

Es lohnt sich aber die Sache näher zu betrachten. Wir wollen es versuchen, mit wenigen ganz scharfen Zügen diese unüberwindlichen Schwierigkeiten zu bemeistern. Zu diesem Zwecke müssen wir mit unserer Prüfung etwas weiter zurückgreifen.

A. Es ist außer jedem Zweifel, daß das klassische Recht dem bloßen Inhaber jedweden Besitzschutz absprach. Der Interdiktenschutz setzt eben stets den eigentlichen Besitz voraus.[1]) Folglich hatten weder der Nießbraucher noch der Kolone irgendeinen Schutz; der Nießbraucher wenigstens nicht in der gewöhnlichen Form. Das ist glücklicherweise für den Nießbraucher in den Fragm. Vat. bezeugt, wo wir folgendes lesen:

> § 91. Idem libro II de interdictis sub titulo «si uti frui prohibitus esse dicetur». Non is, ad quem usus fructus [venit] vi*vi* tum vel qui utendi fruendi causa, cum usus fructus ad eum [non pertineat in ali]qua re sit, possidere eum videtur, et ob id, qui uti frui prohibitus est, proprie deiectus dici non potest. Ideo specialiter hoc interdictum eo casu desideratum est.

Dem Nießbraucher also, sagt Ulpian, wird vom Prätor ein besonderes Interdikt gegeben quia non possidet.[2])

Dies alles ist unbestreitbar.

Im Justinianischen Recht ist es im Gegensatz dazu klar ersichtlich, daß dem Nießbraucher das Interdikt in der Vulgarform zugestanden wird. Die Ausführung Ulpians über den Schutz des Nießbrauchers «si uti frui probibitus esse dicetur», welche als Zusatz dem Kommentar des unde vi beigefügt war, wurde in der Kompilation mit der Hauptbehandlung verschmolzen und dem fr. 3 D. 43, 16 in den §§ 13—17 einverleibt. Die Stellen mußten natürlich entsprechende Veränderungen erleiden, um dem neuen Interdiktum «de vi» einverleibt zu werden. So lesen wir im § 13:

> Unde vi interdictum *[necessarium fuisse]* fructuario *[apparet]*, si probibeatur uti frui *[usufructu fundi]*.

---

[1]) Vgl. D. 43, 16, 1, 23. 43, 17, 3, 8. — [2]) Ulp. Fragm. Vat. 90; vgl. Gai. II, 93.

Der Abschnitt dient als Verknüpfung. Aber die Hand der Kompilatoren ist sichtbar; man erkennt sie schon in dem geschmacklosen Satze «uti frui *usufructu fundi*. Ulpian wird sich gewiß wie im § 91 der F. V. ausgedrückt haben, etwa so:

> Unde vi interdictum [non datur] fructuario [quia non possidet;] ideo specialiter interdictum «si uti frui prohibitus esse dicetur» hoc nomine proponitur.

Andere Veränderungen sind hier ohne Interesse.

Da nun das «Unde vi» im Justinianischen Rechte dem Nießbraucher in gewöhnlicher Form gegeben wurde, so ist die unvermeidliche Folge, daß unser Interdikt auch auf den Inhaber ausgedehnt wurde: denn der Nießbraucher war, wie wir wissen, im klassischen Rechte und blieb in der Kompilation Justinians ein bloßer Inhaber. Dieser Konsequenz können wir auf keine Weise entgehen. Einstweilen ergibt sich aus dem oben Gesagten, daß die Worte unseres Textes «*sive civiliter sive naturaliter*» als eine Einschiebung der Kompilatoren betrachtet werden können, geschehen, um das Unde vi auf den Nießbraucher auszudehnen. In diesem Zusammenhange kann das Wort «naturaliter» nichts anderes als die Innehabung bedeuten. Und dieser Sinn des Wortes, welcher jetzt schon so einleuchtend ist, wird ganz außer Zweifel gesetzt durch die dem Schlusse des § 10 angehängten Worte: *non tamen si colonus*. Diese Einschiebung hat im Texte, den die Kompilatoren herstellten, offenbar eine einschränkende Wirkung. Sie waren sich wohl bewußt, daß sich der Satz «naturaliter possideat» auf den Inhaber bezog, und waren genötigt, dessen Tragweite einzuschränken, da sie den Interdiktenschutz nicht allgemein ausdehnen wollten.[1]) Die Ausdehnung zugunsten des Nießbrauchers ist leicht verständlich; sie mußte sogar den Kompilatoren notwendig erscheinen, welche die Rechte des Nießbrauchers über die Sache in allen Richtungen erweitert hatten. Ja, es ist ver-

[1]) In echten Texten kommt die Redensart «naturaliter possidere» in folgendem Umfang vor: 2 mal für den Nießbraucher: fr. 12 und 49 pr. D. 41, 2; 1 mal für Kolone und Depositar: fr. 7 § 11 D. 10, 3; 1 mal für den Sklaven: fr. 24 D. 41, 2; 1 mal für den Sohn: Fragm. Vat. 258.



wunderlich, daß Justinian nicht, wie er eigentlich hätte tun sollen, die Macht des Nießbrauchers über die Sache zum Besitze erhoben hat. Die Neuerungen Justinians in dieser Materie, welche ich in meinen Vorlesungen seit Jahren darstelle, sind den Lesern dieser Zeitschrift durch den Bericht von Zanzucchi[1]) bekannt.

So haben wir nicht nur ermittelt, was die Kompilatoren im Texte eingesetzt, sondern auch den Grund dieser Einsetzung selbst erkannt.

B. Versuchen wir nun, soweit es möglich ist, festzustellen, was im Urtexte an dieser Stelle stand, und was die Kompilatoren gestrichen haben. Wenn dieser Versuch gelingt, dann erhebt sich der Beweis der Einschaltung zum höchsten Grade der Glaubwürdigkeit. Und zum großen Glücke führt der Versuch zum besten Erfolge. Es ist folgendes zu bemerken.

Bekannt ist, daß Ulpian an dieser Stelle seines Kommentars das Interdictum de vi cottidiana erläuterte[2]); und ferner ist uns ausdrücklich überliefert, daß bei diesem Interdikt, wie in dem «Uti possidetis», im klassischen Recht die Exceptio vitiosae possessionis Platz fand.[3])

Nun haben die Kompilatoren, wie bekannt, die beiden im klassischen Rechte getrennten Interdikte «de vi» und «de vi armata» in eins verschmolzen und bei dem neuen Interdikte die Exceptio ausgeschlossen.[4]) Noch mehr. Es ist anzunehmen, daß die Exceptio in Ulpians Kommentar eben an dieser Stelle ihren Sitz haben mußte. Und ich meine, daß gerade dieses der Punkt ist, wo im echten Texte die Ausführung über die exceptio eingeschaltet war.[5]) Diese Be-

---

[1]) Bd. 30 S. 509f. — [2]) Vgl. Lenel, Das Ed. S. 445 und Pal. II, S. 815. — [3]) Gai. IV, 154: per quod is qui deiecit cogitur ei restituere rei possessionem, si modo is qui deiectus est nec vi nec clam nec precario ab eo possederit. — [4]) J. IV, 15, 6: per quod is qui deiecit cogitur ei restituere possessionem, *licet* is ab eo qui vi deiecit vi vel clam vel precario possidebat. — [5]) Gegen Keller, Semestrium I S. 313 vgl. Lenel, Ed. S. 447, mit welchem ich mich jedoch nicht einverstanden erklären kann. Denn es ist unleugbar, daß im Kommentar von Ulpian, wie er uns in der Kompilation vorliegt, die Interdiktsworte: «cum ille possideret» zweimal klargelegt erscheinen, nämlich in den §§ 9, 10 und dann in den §§ 23ff. Diese Schwierigkeit wird in der ein-

hauptung findet eine nicht zu verachtende Stütze in den Sententiae von Paulus, die bei der Behandlung dieses Gegenstands zu dem Kommentar Ulpians in starker Beziehung stehen. Das können wir deutlich erkennen, wenn wir die beiden Texte nebeneinander halten. Zu diesem Zwecke müssen wir etwas weiter hinter den Text zurückgreifen, als zu jenem Punkte, von wo wir mit unserer Untersuchung ausgingen. Zur besseren Übersicht lasse ich hier die Texte von Ulpian und Paul zweispaltig abdrucken; die Worte, welche die Kompilatoren gestrichen haben, werde ich, natürlich dem Sinne nach, wieder an ihren Platz setzen und in Kursivschrift drucken lassen.

Ulp. libro LXIX ad ed. [D. 43, 16, 1].	Paul. S. V. VI.
§ 7. Si quis de nave vi deiectus est, hoc interdicto locus non est, argumento eius, qui de vehiculo detractus est, quem nemo dixit interdicto hoc uti posse.[1])	§ 5. De navi vi deiectus hoc interdicto experiri non potest: sed utilis ei actio de rebus recuperandis exemplo vi bonorum raptorum datur. Idemque in eo dicendum est qui carruca aut equo deicitur: quibus non abductis iniuriarum actio datur.
§ 8.	§ 6. (verschieden)
§ 9. Deicitur is qui possidet *[nec vi nec clam nec precario ab adversario; iuste autem vel iniuste adversus ceteros]* possideat *[nihil refert]:* nam et *[iniusta]* possessio ad hoc interdictum pertinet.	§ 7. Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune deicitur.

fachsten Weise gelöst, wenn wir folgende Ordnung von Ulpians Ausführungen annehmen: §§ 9, 10 über das Wort «deiecisti» und zugleich über die durchaus [siehe unten im Texte] zusammenhängende Klausel «quod nec vi nec clam nec precario»: §§ 11—22 über die Worte «aut familia tua deiecit; § 23f. kommentierte Ulpian das Erfordernis «cum ille possideret». Die §§ 27—30 handeln noch immer vom Erfordernisse des Besitzes.

[1]) Beseler, Beiträge S. 43, hat diesen ganzen Paragraphen wegen der Form beanstandet, wohl mit Recht; aber der Vergleich mit Paulus beweist, daß die Kompilatoren einen Auszug aus dem breiteren ulpianischen Texte gemacht haben.

§ 10. Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti: [. . . . .].

Mit dem ersten Satz: deicitur is qui possidet nec vi nec clam nec precario zu vergleichen ist besonders Gaius IV, 154:

eum qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune deicio.

Also Worte und Zusammenhang, welche ich in Ulpians Kommentar wiederhergestellt habe, sind eben in diesem Punkte sozusagen bei allen Juristen[1]) stereotypisch. Was den Satz: «iuste autem vel iniuste possideat nihil refert» betrifft, mache ich darauf aufmerksam, daß wir ihn mit den gleichen Worten im Kommentar des Interdictum Uti possidetis bei Paulus wiederfinden, und mit größter Wahrscheinlichkeit in demselben Zusammenhange, d. h. im Anschluß der Behandlung der exceptio.[2])

So schreibt Paulus:

fr. 2 D. 43, 17: Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit in hoc interdicto nihil refert.

Endlich für den Satz: nam et *iniusta* possessio ad hoc interdictum pertinet bitte ich zu vergleichen den Schluß des fr. 15, 5 D. 43, 26 von Pomponius: nihil refert, quod ad hoc interdictum pertinet. So besitzt meine Wiederherstellung des Stückes bis in die kleinsten Einzelheiten eine feste Quellengrundlage.

Alles in Betracht gezogen, ist nun das Rätsel gelöst. Die Auslegung des unseligen Fragments ist gegeben. Die Konsequenzen dieses Ergebnisses sind jedoch in jeder Hinsicht bemerkenswert. Jetzt können wir mit bestem Grunde behaupten, daß das «unde vi» auf die Inhaber, wenigstens

---

[1]) Vgl. Cic. pro Tullio 45: vel non possedisse eum, qui deiectus sit, vel vi ab se possedisse vel clam vel precario, pro Caecina 32: ita se possedisse, ut nec vi nec clam nec precario possederit. l. agrar. v. 18: vi eiectus est, quod eius is quei eiectus est possederit, quod neque vi neque clam neque precario possederit ab eo. — [2]) Dieser Zusammenhang erscheint wenigstens in den Digesten: vgl. fr. 1 § 9 D. 43, 17 und das folgende fr. 2.

auf den Nießbraucher ausgedehnt wurde; wir wissen, daß die Redensart «naturaliter possideat» von den Kompilatoren in dem gewöhnlichen Sinne der Innehabung angewendet wurde. Ferner daß die Worte «*non tamen si colonus*» mit einschränkender Tendenz von Tribonian beigefügt wurden.[1]) Und endlich, daß der § 10, wo vom beschenkten Ehegatten die Rede ist, in Ulpians Kommentar am rechten Platze stand, daß er aber unpassend wurde durch die Veränderung des § 9, wodurch er gewaltsam in anderen Zusammenhang kam. Der Ehegatte erwirbt wohl Interdiktenbesitz an der von seiner Ehehälfte geschenkten Sache, nicht naturalis possessio. Sein Besitz aber, wie bekannt, ist ein ungerechter, und das «denique» stand im Urtexte in der gewöhnlichen konklusiven Bedeutung an seinem Platze.

Als Ergebnis dieser Untersuchung ist bezüglich der Terminologie noch zu bemerken: Die Wendung «naturaliter possidere» behält auch in unserem Texte den gewöhnlichen Sinn, d. h. den des körperlichen Habens; doch wurde der Gegensatz «civiliter possidere» in einer ganz neuen Bedeutung angewendet. Dies erhellt ganz deutlich, wenn man beobachtet, daß in dem Satze «*sive civiliter sive naturaliter* possideat» alle Besitzkategorien wiedergegeben sind die civilis poss. im Gegensatz zur naturalis; und so können wir nicht umhin anzuerkennen, daß «*civiliter possidere*» hier eben das, was wir «juristischen Besitz» nennen, bedeutet und daher jedes mit juristischen Folgen ausgestattete Besitzverhältnis einschließt; mögen dann die Folgen vom prätorischen oder vom Zivilrecht ausgehen.

---

[1]) Es braucht nur hervorgehoben zu werden, daß Ulpian an dieser Stelle nicht über den Kolonen reden konnte, denn er beschäftigt sich mit ihm ganz unten im § 22 mit folgenden Worten: quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus videtur possidere, et ideo his deiectis ipse deici de possessione videtur. Eine solch unnütze Wiederholung ist Ulpian nicht zuzumuten, abgesehen davon, daß die hier angeflickten Worte ganz in der Luft schweben. Savigny [a. a. O. § 7 S. 70] versuchte zwar die Sache zurechtzubringen, indem er den Satz ergänzte durch Hinzufügung der Worte: ... *deiectus erit, poterit interdicto uti*, aber das nennen wir heutzutage wohl kaum Auslegung der Quellen.

Nachdem wir nun dieses in fr. 1 § 9 Unde vi gelegene ungeheure Hemmnis für die richtige Würdigung der Terminologie der Besitzverhältnisse weggeschafft haben, sind die übrigen Hindernisse leicht zu überwinden. Doch sind die Fragmente, welche sie darbieten, für unsere Aufgabe nicht weniger wichtig und müssen daher sorgfältig geprüft werden.

2.

Vor allem müssen wir zwei Texte in Betracht ziehen, welche sich auf die actio ad exhibendum beziehen, deren erster in vielen Beziehungen in enger Verwandtschaft mit dem eben geprüften zu stehen scheint.

fr. 3 § 15 D. X, 4 [Ulp. l. XXIV ad edict.].

Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum *[non solum eum qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni]*, denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.

Die volle Ähnlichkeit dieses Textes mit den §§ 9 und 10 Unde vi fällt sogleich ins Auge. Nicht nur die Terminologie ist dieselbe, sondern auch die Verkettung mit dem Beispiele, das darauf folgt, ist die gleiche. Das Wort «denique» verbindet auch hier die Wendung naturaliter possidere mit dem Besitz des Pfandgläubigers. So wurde die vermeintliche Doppelbedeutung der naturalis possessio, wie sie Savigny verstand, immer mehr befestigt und verschärft. Um solch einer Folge zu entgehen, bemühte man sich in verschiedener Weise, auch um die konsekutive Kraft des «denique» zu brechen oder wenigstens zu entnerven. Eine wahre Batrachomyomachia möge es mit allem Respekt vor den Kämpfern genannt sein. Wir sehen aber jetzt die Sache mit schärferen Augen, und die Waffen dürfen niedergelegt werden. Der ganze kursiv gedruckte Satz ist justinianischen Ursprunges. Das wird vor allem durch die Beobachtung außer Zweifel gesetzt, daß die Passivlegitimation zur actio ad exhib. in erster Linie gewiß nur dem Eigenbesitzer zustand und der Inhaber grundsätzlich ausgeschlossen blieb. Und dies versteht sich ganz von selbst, wenn man bedenkt, daß die

actio ad exh. nur eine vorbereitende Bedeutung hatte und den Prozeß über das Recht selbst vorbereiten und stützen sollte; ferner im Falle einer dolosen Besitzentäußerung [1]) die reivindicatio ersetzen mußte; abgesehen von diesem letzten Fall aber, wo die reivindicatio nicht möglich und unstatthaft war, auch die actio ad exh. nicht Platz greifen konnte. Es leuchtet also ein, daß der Depositar, der Kommodatar, der Kolone, der Mieter und derartige bloße Inhaber sich nicht in solche Prozesse einzulassen brauchen, denn sie können und müssen jederzeit vom Eigenbesitzer Hilfe und Sicherstellung verlangen. Neuere Arbeiten haben das alles sehr klar gemacht. Aber Beseler ist in der oben angeführten Schrift zu weit gegangen, indem er in unumschränkter Weise der actio ad exhib. die Ausdehnung abspricht, welche ihr in einigen Fällen gegen den Inhaber selbst gestattet ist. Dem entgegen behaupte ich, daß in den Fällen, wo der Inhaber zugleich der einzige ist, der die «facultas exhibendi» hat, auch gegen ihn, im klassischen Recht, die actio stattfinden kann. Diese Fälle sind verschieden. Vor allem ist der von Celsus besprochene und von Ulpian wiedergegebene Fall zu erwähnen:

fr. 5 pr. 10, 4:

> Celsus scribit: si quis merces, quas exvehendas conduxit, in horreo posuit, cum conductore ad exhibendum agi potest: item si mortuo conductore heres existat, cum herede agendum. sed si nemo heres existat, cum horreario agendum: nam si a nullo, inquit, possidentur, verum est aut horrearium possidere aut certe ille est, qui possit exhibere. idem ait: quomodo autem possidet qui vehendas conduxit?

---

[1]) Vgl. Siber a. a. O. S. 31 f. Beseler, Beiträge S. 20 f.; und jetzt Gradenwitz, Festgabe für K. Güterbock S. 306. Das sieht man auch ganz klar aus einer in den Basiliken behaltenen Erläuterung Stephans im Vergleich mit dem Texte der Digesten: VI, 1, 17 § 1. Stephan schreibt: [B. XV, 1, 17 Sch. 60, Zachariä, Suppl. S. 13] *τότε γὰρ ὡς νεμόμενος ἐνηγόμην τῇ* ad exhibendum, *ἐπειδὴ ὁ δόλῳ πανσάμενος νέμεσθαι ἀντὶ νεμομένου παραλαμβάνεται. διὰ τοῦτο δε εἶπον ἐνάγεσθαι αὐτὸν τῇ ἀδεξιβένδουμ ὡς δόλῳ πανσάμενον νέμεσθαι, ἐπειδὴ τεθεμάτισται, ὅτι ἀνηρέθη ὁ οἰκέτης. εἰ γὰρ μὴ ἀνηρέθη, ἀλλ' ἐφαίνετο, τότε [οὐ] τῇ* ad exhibendum *ἀλλὰ τῇ ἰν ῥὲμ ἐνηγόμην.*



an quia pignus tenet? — quae species ostendit etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri.

Bei dieser Stelle sind die Worte: si a nullo, inquit, possidentur, verum est aut horrearium possidere aut certe ille est, qui possit exhibere — besonders bedeutsam. Die Annahme einer Interpolation in der Mitte der Stelle — so Beseler [1]) — ist nicht gerechtfertigt. Der Schluß mag wohl ein justinianischer Zusatz sein, doch ist er dem Vorstehenden sehr gut angepaßt und für die Lehre ganz gleichgiltig.

An diesen reihen sich noch andere, verschiedene Fälle: erstens die Reihe der missi in possessionem, sofern ihnen der Besitz vom Prätor noch nicht zugesprochen ist; und dann der Fall des Besitzes einer zusammengesetzten Sache, wenn ein unselbständiger Teil derselben von einem Dritten verlangt wird. Eben in solchen Fällen, glaube ich, kann die actio ad exh. gegen den Inhaber selbst nicht versagt werden, und ist in Wirklichkeit von den klassischen Juristen auch nicht versagt worden. Genau so verhielt es sich auch mit der reivindicatio. In dieser Beziehung erkläre ich mich völlig einverstanden mit Kübler.[2])

All das vorausgeschickt, kann man nun nicht mehr daran zweifeln, daß der oben angeführte Grundsatz, den wir im § 15 lesen, von Justinian sei. Eben deshalb steht er schon oben an der Spitze der Ausführung über die Passivlegitimation bei der actio ad exh., welche gerade in Ulpians Kommentar mit unserem Paragraphen beginnt. Diese Wahrnehmung ist von größter Wichtigkeit für unsere Behauptung. Denn, wie immer sich auch die Frage der Passivlegitimation der Inhaber zur actio ad exh. entscheiden mag, ist es doch für uns ausschlaggebend, daß die Quellen hier beständig den Besitz des Verklagten voraussetzen[3]) oder die Besitzfrage sonst in Rechnung stellen: nämlich entweder gewähren oder verweigern sie einem die Zuständigkeit der actio: quamvis non possideat, licet non possideat, licet possideat.[4]) Zu unserem Zwecke genügt es zu sagen: Die Gründe dieser Entscheidungen sind

[1]) A. a. O. S. 20, 21. — [2]) Vgl. dessen Andeutungen bezüglich des Buches von Siber, in dieser Zeitschrift Bd. 29 p. 486, und besonders auch Seckel bei Heumann, v. vindicare. — [3]) Zu vgl. fr. 8. 11 § 2 D. X. 4; Lenel, Das Ed. S. 214. — [4]) Vgl. fr. 5 pr. 1, 2, 5, 6; fr. 7 § 1 D. X. 4.

echt oder unecht: wenn sie echt sind, bestätigen sie, was wir oben gesagt haben, nämlich, daß die Passivlegitimation der actio ad exh. als solche nur dem Eigenbesitzer zugeteilt wurde und daß dieselbe nur in ganz bestimmten Ausnahmefällen auf besondere Inhaber ausgedehnt werden konnte; sind sie aber von den Kompilatoren hinzugesetzt, wie das Beseler behauptet, dann ist es offenbar, daß sich in dem fortwährenden Hinweis auf die Voraussetzung des Besitzes der Stand der klassischen Quellen darin deutlich abspiegelt. Auf jeden Fall sehen wir also, daß die einleitende und allgemeine Norm, die wir jetzt im § 15 bezüglich der Passivlegitimation der actio ad exh. lesen, die von Haus aus allen Inhabern zugeschrieben wird, eine hinzugefügte ist. Sie könnte auch nicht gerechtfertigt werden durch Lenels Vermutung[1]), wonach die Ausdehnung der actio ad exh. sich nur auf dem Wege einer freien Auslegung durchgesetzt habe. Dies kann richtig sein; aber Ulpian müßte eben in diesem Falle natürlicherweise die Erörterung bezüglich der Formel mit der Hervorhebung der in derselben ausgedrückten Voraussetzungen einleiten.[2]) Also, von Ulpian ist das gewiß nicht; dagegen spricht die ganze Ausführung in seinem Kommentare.

Außerdem muß man bemerken, daß sich Ulpian in unserem Paragraphen einer Ausdrucksweise bedient hätte, welche er bezüglich der Passivlegitimation zur reivindicatio nicht anwandte; denn in ebendieser und in ganz derselben Behandlung der Frage, welche im fr. 9 D. 6, 1 auf uns gekommen ist, d. h. in einem Auszuge desselben Werkes spricht der Jurist nur von «possidere» und «non possidere» und gebraucht sogar für den Interdiktenbesitz eine umständliche Umschreibung: possessio . . quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi, die wir schon kennen.

Also können wir die Interpolation in diesem Punkt als vollständig bewiesen bezeichnen. Daher kommt dann wieder der Ausdruck «civiliter» im Gegensatze zum «naturaliter possidere», und zwar in einer Weise, als ob mit diesen beiden Ausdrücken alle Besitzverhältnisse erschöpfend gekennzeichnet wären. Und daraus folgt, was mit gutem Grunde von vielen

[1]) Das Ed. p. 214 n. 1. — [2]) Siehe Zusatz am Schlusse dieser Abh.

Seiten angenommen wurde, daß auch hier «civiliter possidere» in der Bedeutung von «juristischem Besitz» vorkommt, in derselben Anwendung also wie im fr. 1 § 9 Unde vi. Dieser Sprachgebrauch gehört dann Justinian, nicht den römischen Juristen.

Endlich wird die Interpolation auch gekennzeichnet durch die Redensart: eum qui naturaliter incumbat possessioni. Diese nämlich ist gerade für das körperliche Innehaben der Sache äußerst gut und treffend, aber natürlich ist sie es nur, angewendet, wie es die Juristen tun[1]), um ein Besitzverhältnis an Immobilien auszudrücken; in bezug auf ein Rad, einen Ring oder einen Sklaven usw. ist sie wenigstens sonderbar.[2]) Weiteres brauche ich nicht hinzuzufügen, da Beseler die Interpolation in denselben Grenzen gezeichnet hat[3]), und lange vorher hatte schon Perozzi wenigstens gesehen und hervorgehoben, daß die Anführung des Besitzes des Pfandgläubigers im echten Texte sich in anderem Zusammenhange finden sollte.[4])

3.

fr. 7 § 1 D. X, 4:

Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum (et ita Pomponius scribit) quamvis *[tunc civiliter]* non possideas.

Es wäre ganz unsinnig anzunehmen, daß hier mit dem Satze: quamvis tunc civiliter non possideas nur die «civilis possessio», nach der Savignyschen Auffassung, in Abrede gestellt sei. Niemanden könnte es einfallen, daß es für die Passivlegitimation zur actio ad exh. einer solchen possessio bedürfe. Wenn auch diese Bemerkung keineswegs als neu gelten kann, so folgt aus ihr doch, daß auch hier, wie schon

[1]) Vgl. D. 36, 3, 1, 2, Ulp. ad ed.: heres incumbit possessioni bonorum; D. 41, 2, 19, 1 Marcell: qui et corpore et animo possessioni incumbens. — [2]) Andere Male hat die Wendung ein byzantinisches Gepräge; so in D. 47, 2, 56: *sed pignori suo incumbere,* wo der Satz ganz überflüssig ist und der byzantinische Geschmack im Possessiv «suo» sich offenbart; ferner in den J. IV, 1, 14: *pignori potius* incumbere; dazu Ferrini im «Bullettino» Bd. 13 p. 187. — [3]) A. a. O. S. 21. — [4]) Vgl. «Per l' VIII Centenario della Univ. di Bologna» S. 274; aber siehe überhaupt das Schol. zu unserer Lex, oben S. 339 wiedergegeben.

in allen bis jetzt geprüften Texten «*civiliter possidere*» eine jeden Besitz umfassende Bedeutung hat. Und damit haben wir zugleich den Beweis der byzantinischen Herkunft des Wortes.

Das Zitat von Pomponius weist uns im übrigen den Weg zu weiteren Forschungen. Hat denn wirklich Pomponius in diesem Falle einfacher Verbindung von beweglichen Sachen die Fortdauer des Besitzverhältnisses an den einzelnen Teilen geleugnet? Ich darf nur die Antwort von Pomponius selbst heranziehen, indem ich dem Leser das im fr. 30 § 1 D. 41, 3 Gesagte vor die Augen führe.

Pomponius 30 ad Sab.:

Labeo libris epistularum ait, si is cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilo minus eum usucapturum, si aedificium possedisset. quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent ut in anulo gemma? in quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum.

Pomponius bestätigt also (verum est) Labeos Meinung, nach der in Fällen einfacher Verbindung beweglicher Sachen das Besitzverhältnis an den Einzelsachen fortbesteht, wie vor der Zusammensetzung: quia utrumque maneat integrum.[1]) Das ist in bezug auf die Gemme gesagt, die in einen Ring gefaßt ist; aber es liegt auf der Hand, daß dies im selben Maße auch für das Rad gilt, weil dieses, trotz seiner Verbindung mit dem Karren, in hohem Grade seine Vollständigkeit beibehält.[2]) Diese Denkweise der Proculianischen Schule erhellt aus mehreren Stellen[3]); und zugleich ist es in den Quellen ersichtlich, daß sie nicht von allen Juristen angenommen wurde, wie Sokolowski meint, und daß besonders die Jurisprudenz der Severischen Zeit sie verworfen hat. Wie kann also Sokolowski seine Behauptung, daß alle Rechtslehrer in der von Pomponius vorgetragenen Lehre überein-

---

[1]) Vergleiche für die Würdigung dieser Begründung Sokolowski a. a. O. I S. 134f., während Perozzi a. a. O. S. 300 dieselbe beanstandet hat, wohl grundlos. — [2]) So auch Sokolowski a. a. O. S. 136. — [3]) Siehe z. B. noch den Schluß des fr. 27 D. 41, 1: Sed Proculus et Pegasus existimant suam cuiusque rem manere.



stimmen[1]), mit unserem Texte in Einklang bringen? Er erhält dieses Resultat, indem er die zwei Bruchstücke, welche gerade in offenem Widerspruch zueinander stehen, eins nach dem andern anführt. Damit ist aber gar nichts zu erreichen.

Für mich ist es hingegen sehr wahrscheinlich, daß Ulpian an der Stelle bezüglich des Rades die von Pomponius vorgetragene Lehre darlegte, um zu erörtern, ob trotz der Verbindung in solchem Falle ein gesonderter Besitz des Rades bestehe. Diese Frage war, wie wir schon wissen, von Bedeutung für die Anwendbarkeit der actio ad exh. Indessen wollten die Kompilatoren die Meinungsverschiedenheit, welche in unserem Texte zum Ausdruck kam, wie gewöhnlich ausgleichen, zu welchem Zweck sie es sehr bequem fanden, das Wort civiliter einzusetzen und so mit Ulpian das Bestehen des Besitzverhältnisses zu leugnen. Die Frage hatte sonst in diesem Punkte für das Recht der Kompilation gar kein Interesse mehr, da jetzt die bloße Innehabung an sich für die Passivlegitimation der actio ad exh. hinreichend war. Daß alles dies sehr wahrscheinlich ist, wird nicht geleugnet werden, obschon wir andere Grundelemente zur Wiederherstellung des Textes vermissen.

Dagegen können wir behaupten, daß es gewiß unrichtig ist, was Beseler tat, indem er den ganzen Satz: quamvis tunc civiliter non possideas aus dem Texte strich. Das ist um so verwerflicher, als er, wie wir bereits gesehen haben, behauptet, daß die Passivlegitimation der a. ad exh. einen eigenen Besitz immer voraussetze. Außerdem aber: wenn im Falle des Rades die Meinungsverschiedenheit der Juristen ersichtlich ist, durfte in unserem Texte eine Begründung nicht fehlen. Vielmehr wird Pomponius eben auf Grund des Bestehens des Besitzes die actio gegeben haben; Ulpian dagegen, wahrscheinlich Celsus[2]) folgend, kam zum gleichen Resultat, mit der Motivierung, daß der Besitzer des Karren jedenfalls der einzige sei, der die Vorlegung des Rades durchführen könne.[3]) Freilich hat Beseler in diesem Punkte

[1]) A. a. O. S. 135; siehe die Anm. 141, 143. — [2]) Vgl. oben S. 350.
[3]) Noch eine andere Auslegung der Meinung Ulpians ist möglich, die wir bei Venulejus mit folgendem Satze ausgedrückt finden: fr. 8 D. 43, 24: per se tegulae non possidentur, sed cum universitate aedificii.

auch jede Streitfrage der Juristen geleugnet, indem er die Fortdauer des Besitzes an den einzelnen zusammengesetzten Sachen mit Sicherheit annimmt.[1]) Aber diesem so leichthin angenommenen Resultat kann ich, außer demjenigen was ich bereits gegen Sokolowski gesagt habe, eine einfache Widerlegung entgegenstellen; denn abgesehen von der festen Auffassung meiner Landsleute[2]) in der hier vertretenen Richtung, befinde ich mich in der angenehmen Lage, den deutschen Leser auf die besten deutschen Lehrbücher hinweisen zu können.[3]) Im übrigen sind wir in allem, was für meine Erörterung von Wichtigkeit ist, einverstanden; denn wie immer man diese Streitfrage beurteilen mag, kann das Wort «civiliter», welches hier in Belang kommt, nur justinianischen Ursprunges sein; gerade wegen seiner Doppelbedeutung.

4.

fr. 24 D. 41, 2 Javolenus XIV epist.:

Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is qui in tua potestate est, ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed iustam potest adquirere *[sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet. nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione, quia, quod ex iusta causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est et peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere].* quod vero *ex maleficiis* adprehendi*tur,* id *ad domini* possessionem ideo non *pertinet,* quia nec peculii causam adprehendit.

Der erste Teil dieses Passus ist klar und von hervorragender Bedeutung. Die Kompilatoren haben darin nur die Voraussetzung «ex peculiari causa» vor «ignoranti tibi» gestrichen, wie wir bald sehen werden. Im übrigen ist dort mit voller Klarheit ausgesprochen, daß der Sklave ohne

---

[1]) A. a. O. S. 26. 45. — [2]) Vgl. Alibrandi «Opere» S. 292; Ferrini, Pand. S. 314; Bonfante «Corso di Lezioni» 1906 S. 80; Perozzi a. a. O. S. 243, und «Istituzioni» S. 551. — [3]) Vgl. Windscheid, Pand. § 151 A. 5, 6; aber auch Dernburg, Pand. § 176 A. 6, welcher wenigstens der Streitfrage der Juristen Erwähnung tut.

Wissen seines Herrn nur eine «iusta possessio» d. h. «p. civilis» erlangen kann, aber keinen ungerechtfertigten Besitz. Eine solche Erwerbung, sagt Javolen, bleibt nur eine körperliche. «Corporalis» bedeutet, wie immer bei den Klassikern, hier wieder die bloße Innehabung. Das ist ganz angemessen. Die Hausgewalt ist eben ein Rechtsverhältnis, welches sich auf das Zivilrecht gründet, und dies kann zu keinen verbrecherischen Handlungen oder Erwerbungen berechtigen. Was dagegen nach Zivilrecht erworben ist, bekommt eben deshalb zivilrechtliche Sanktion. Nach diesem Ergebnisse besteht die Bedeutung der Stelle wohl darin, daß wir aus ihr lernen, wie das Grundprinzip, wonach die Sklaven zugunsten ihres unwissenden Herrn Besitz erlangen konnten, nur für die «civilis possessio» Anwendung fand. Und ferner gilt diese Möglichkeit bloß für Erwerbungen «ex peculiari causa». Diese Regel ist gut beglaubigt[1]) und neuerlich gegen alle Zweifelsgründe sichergestellt worden.[2]) Den Grund der Regel selbst gibt uns am besten Papinian, welcher dieselbe so rechtfertigt.

fr. 44 § 1 D. 41, 2:

> Quaesitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus quaereretur. dixi utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere. nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio: nam si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quaeri possessionem.

In den Besitzerwerbungen der Herren durch ihre Sklaven besteht ein erheblicher Unterschied. Geschehen sie « ex peculiari causa », dann erwirbt der Herr ohne Wissen, und zwar « civilis possessio »; in allen andern Fällen wird der Erwerb des Besitzes unmittelbar vom Herrn selbst vollzogen, d. h. auf Grund seines Wollens, und der Sklave bewirkt nur

---

[1]) Die Regel wird in einer Stelle auf Sabin zurückgeführt: fr. 1 § 5 D. 41, 2 [Paul. ad ed.]: ... sicut Sabino et Iuliano placuit. Außerdem sind zu vergleichen: § 22 eod.; fr. 44 § 7 D. 41, 3; fr. 47 eod. — [2]) Vgl. de Francisci in «Rendiconti del R. Ist. Lomb.» II Bd. 40.

die körperliche Tat. Papinian ist auch hier wie immer plastisch: «corpore servi quaeri possessionem», genau so wie beim «procurator», der nur ein Erwerbsorgan, ein Detentionsgehilfe des Besitzers ist.[1]) Solcher Besitzerwerb kann dann auch ein ungerechter sein, auch mittels der Sklaven, da es sich jedenfalls um den Erwerb des Interdiktenbesitzes handelt, für welchen keine rechtlichen Schranken bestehen.

So haben wir nebenbei einen bedeutenden Unterschied zwischen «civilis possessio» und «possessio ad interdicta», in dem oben erörterten Sinne, klargelegt.

Das justinianische Recht hat nun auch in diesem Punkte alles umgestaltet. Die alte Regel bezüglich der Besitzerwerbungen mittels der Sklaven «ex causa peculiari» wurde nicht nur auf alle Sklavenerwerbe, sondern auch auf alle mittels freier Personen vollzogenen ausgedehnt.[2]) Sonach finden wir viele Stellen im Corpus juris verkürzt oder umgestaltet. Diese Stellen teile ich in der Anmerkung mit [3]),

[1]) Also der Erwerb gilt: animo nostro corpore alieno; vgl. fr. 3 § 12 D. 41, 2; Paul. S. V. 2, 1. — [2]) Eine treffende Andeutung darauf finden wir schon bei Bonfante, «Istituzioni» 4. Aufl. S. 322 A. 6. — [3]) Ich bin genötigt, die hierher gehörigen Stellen meinerseits kurz zu erörtern, da in verschiedenen Punkten meine Beobachtungen nicht mit denen von De Francisci (a. a. O.) übereinstimmen, dessen Endergebnis sonst nichts hinzugefügt werden kann. 1. Paulus ad ed. D. 6, 2, 10, wo die Worte «*sive, sive non*» von den Kompilatoren eingesetzt wurden. Die vorstehende Stelle wird weiter unten in Betracht gezogen. 2. Ulpianus disputat. D. 41, 2, 34, 2: Servus quoque meus ignoranti mihi adquiret possessionem *cet.* Gestrichen wurde wenigstens die Voraussetzung «peculii nomine»; im übrigen ist die Stelle ganz umgestaltet; so auch Alibrandi, «Opere» S. 275. 3. Ulpianus ad ed. D. 41, 2, 2. Dieser Passus enthält bedeutende Neuerungen (vgl. auch Alibrandi, «Opere» p. 278) hinsichtlich des Besitzes der «municipes», der Besitzerlangung mittels freier Personen und Sklaven auch ohne Wissen der Herren; die Stelle ist ganz von den Kompilatoren geformt; der Spruch «*sed hoc iure utimur*» weist eben auf das neue Recht hin. 4. Paulus ad Plaut. D. 41, 3, 15 pr. Quod si servus eius, qui in hostium potestate est, emerit, in pendenti esse usucapionem Iulianus ait. Hier wurde «peculii nomine» gestrichen, wie aus dem Vergleich mit dem Passus Julians in D. 49, 15, 22, 2 erhellt. 5. Pomp. ad Sab. D. 41, 3, 28. Auch hier gestrichen «ex causa peculiari»; zu vgl. ist fr. 1 § 5 D. 41, 2. 6. Paulus ad Sab. D. 41, 3, 31, 3, wo nur die Worte «*vel etiam meo*» eingeschaltet wurden. 7. Papin. quaest. D. 41, 3, 44, 3: Nondum

aber gerade der zweite Teil unseres Fragments gehört zu dieser Gruppe.

---

aditae hereditatis tempus usucapioni *[datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat sive defunctus usucapere coeperat: sed haec iure singulari recepta sunt]*. Ich sehe die Stelle entschieden als interpoliert an. Was den Inhalt anbelangt, liest man die entgegengesetzte Entscheidung Papinians im fr. 45 § 1 eod., welches an Genauigkeit nichts zu wünschen übrig läßt; die Einschaltung von Mommsen und von Kniep, welche ein «nisi» oder «ni» vor «servus» setzten, ist häßlich und verstümmelt die Stelle. Außerdem ist zu erwähnen, daß Tribonians Eingriff in unserer Stelle sehr wohl ersichtlich ist, indem sie ganz kurz Besitz und Ersitzung zugunsten der Erbschaft, wie in der unter 3 zitierten Stelle zugunsten der Gemeinde anerkennt. Die entgegengesetzte Entscheidung steht im fr. 1 § 22 D. 41, 2, wo Paulus die Auffassung Nervas mitteilt mit folgenden Worten: Sed Nerva filius ait per servum quae peculiariter adquisierint (?) et possidere et usucapere posse: sed quidam contra putant, quoniam ipsos servos non possideant. Hier finden wir also eine streng gemessene Ausnahme von Nerva hingestellt, nämlich für Peculiarerwerbungen der Sklaven, und doch sagt Paulus: sed quidam contra putant. Folglich können, glaube ich, auch die Entscheidungen des fr. 9 § 6 D. 6, 2 unmöglich klassisches Recht sein. Hier ist nicht die Voraussetzung des Peculiarerwerbs gestrichen, sondern vielmehr der ganze Passus umgestaltet worden. Denn bemerkenswert ist es, daß Ulpian im vorangehenden Paragraphen schreibt: § 5. Haec actio in iis quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet. Klingt das nicht wie eine Einleitung zu der Erörterung über die von der Publiciana ausgeschlossenen Fälle? Die ähnliche Interpolation im fr. 7 § 3 D. 10, 4 ist bekannt; vgl. Alibrandi a. a. O. S. 278; Bonfante «Istituzioni» S. 322 A. 4; Beseler a. a. O. S. 16, 20. Nach all dem können wir an dem Passus von Papinian, von dem wir ausgegangen sind, nicht mehr festhalten. Weiter ist in der Stelle die unbestimmte und unerträgliche Form hervorzuheben: tempus usucapioni *datum est;* und dann *sive servus hereditarius aliquid comparat*, *sive defunctus usucapere coeperat* und dann noch der Plural: *haec iure singulari recepta sunt:* worüber zu sagen ist, daß es sich hier lediglich um *ein* Prinzip handelt, nämlich um die Zulässigkeit der Ersitzung vor dem Erwerbe der Erbschaft; Papinian hätte also allenfalls geschrieben: hoc ... receptum est. Ich halte daher die kursivgedruckten Worte für interpoliert, und glaube vielmehr, daß der Jurist so schrieb: Nondum aditae hereditati tempus usucapioni *non* datur; welches Prinzip er durchweg mit Beispielen klarlegen wollte. Noch andere Stellen, die sich auf den Diebstahl der Pekuliarsachen beziehen, wie 4 §§ 6 f. D. 41, 3 sind bezüglich dieses Themas sehr wichtig, doch ist hier nicht der Ort eine solche Analyse zu unternehmen, welche die schon an und für sich lange Anmerkung noch sehr weit ausdehnen würde.

Eine nähere Betrachtung desselben ergibt folgendes.

Die wesentliche Voraussetzung, daß der Sklave nur «ex causa peculiari» dem unwissenden Herrn Besitz erwerben kann, wurde von den Kompilatoren aus ihrem hervorragenden Platze herausgerissen und nur als Beispiel in dem Satze: *sicut id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet,* wiedergegeben. Man bemerke nur, wie die dritte Person des Zeitwortes ganz unerwartet dazwischenkommt.[1]) Schwerfällig klingt dann in der Fortsetzung das «*quoque*», denn außer dem Herrn besitzt ja kein anderer. Falsch ist die Entscheidung «*quod ex iusta causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est*», denn der Sklave kann an vielen Dingen Besitz erlangen «ex iusta causa» und doch dieselben nicht in seinem Sondergut haben; so kann er Kleider für seinen Bedarf rechtmäßig erwerben und diese gehören nicht zum Pekulium.[2])

Ferner begegnet uns auch hier der Ausdruck «*civiliter possidere*» im Gegensatz von «*naturaliter tenere*», wobei gerade «*civiliter*» jedes Besitzverhältnis umfaßt, sei es vom Zivil- oder vom prätorischen Rechte anerkannt.

Der Inhalt selbst des Stückes ist entweder falsch oder doch verzerrt. Die dritte Person verletzt plötzlich den Bau des einleitenden Teiles des Fragments; die consecutio temporum ist elementar verfehlt, und mit dem Imperfekt des Konjunktivs wird eine zivilrechtlich stets vorhandene Wahrheit bezeichnet: «*quod servus civiliter quidem possidere non posset*», wo ein festes «potest» zu setzen war. Das alles genügt vollständig um die Hand der Kompilatoren erkennen zu lassen. Dann ist noch etwas anderes zu bemerken. In den Basiliken vermissen wir überhaupt das angefochtene Stück, im übrigen ist die Stelle ganz bündig wiedergegeben, und, was von größerer Bedeutung für uns ist, der Schwerpunkt derselben liegt ganz genau in dem uns nun wohl bekannten Unterschiede von Sklavenerwerb «ex peculiari causa» oder „in anderem Wege". Die griechische Summa lautet:

[1]) Krügers Verbesserung «possides» ist ebenso schön als willkürlich. — [2]) Vgl. Marcian: D. 15, 1, 40, 1; Pomp. 4 § 2 eod.



B. 50, 2, 23: *Ὃ νέμεται ὁ δοῦλός μου ὀνόματί μου ἀγνοοῦντος οὐ νέμομαι· εἰ δὲ πεκυλιάριος, ἐν νομῇ μου ἐστίν. ὃ μέντοι ἀπὸ κλοπῆς ἔσχεν, οὐκ ἔστιν ἐν πεκουλίῳ· ἀλλ' οὐδὲ ἐν νομῇ μου.*[1])

Auf Grund dieses Textes kann man den wichtigen Javolen-Passus etwa in folgender Gestalt wiederherstellen:

Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides, quoniam is, qui in tua potestate est, [ex peculiari causa] ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed iustam potest adquirere [.....]. quod vero *vi* adprehendi*t* id *in tuam* possessionem ideo non *venit*, quia nec peculii causa adprehendit.

Man sieht also, daß die Kompilatoren es für notwendig erachteten, auch den Schluß der Stelle anzugreifen, besonders der Form wegen; denn die Anrede in der zweiten Person konnte in dem nun von der Einleitung der Stelle ganz abgerissenen Stücke nicht mehr beibehalten werden.

5.

fr. 38 § 7, 8 D. 45, 1 [Ulp. 49 ad ed.]:

Haec quoque stipulatio: «possidere mihi licere spondes?» utilis est: quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere, videamus. sed quamvis civili iure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est, et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur. — Plane si «tenere sibi licere» stipulatus sit servus, utilem esse stipulationem convenit: *[licet enim possidere civiliter non possint, tenere autem eos nemo dubitat.]*

Die Interpolation am Schlusse des § 8 zeigt sich schon in der Form, denn während im ganzen Texte vom «servus» die Rede ist, erscheint dort plötzlich der Plural des Zeitwortes, und überdies fehlt das Subjekt. Ferner ist das Anhängsel ganz unnütz, denn in der Mitte des § 7 hatte Ulpian schon denselben Gedanken ganz deutlich ausgedrückt: civili iure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem

[1]) Heimb. Bd. 5 S. 51.

cet. Endlich bringt die Stelle den uns wohlbekannten Gegensatz *civiliter* und *tenere,* wo *civiliter* jeden juristischen Besitz vorstellt. Die Wiederholung des Grundprinzips trägt also ein Schulgepräge, bestimmt, die Terminologie des Besitzes hervorzuheben.

Im vorstehenden Paragraphen ist der Ausdruck «civili iure servus non possideat» ganz bezeichnend und an seinem Platze, wohl um die Gültigkeit einer solchen Stipulation zugunsten des persönlichen Habens des Sklaven selbst auszuschließen, sofern der «causa» gemäß dem Sklaven eine «civilis possessio» verschafft sein sollte. Die Frage ist dann von Ulpian sinngemäß entschieden. Der Sklave erhält durch die Stipulation, was er haben kann, d. h. bloße Innehabung.

So haben wir alle Texte erschöpft, welche die «civilis possessio» im Doppelsinne d. h. als eine allgemeine Kategorie des sogenannten «juristischen Besitzes» geltend machen. Und damit tritt zugleich die echte römische Terminologie ans Licht.

Was dann die «naturalis possessio» anbelangt, so kommt dieser Ausdruck in den Quellen, soviel ich sehe, zweimal in einem unbestimmten und verdächtigen Sinne vor.

6.

Erstens im

fr. 11 D. 41, 1 [Marc. libro III institut.]:

Pupillus *[quantum ad adquirendum non indiget tutoris auctoritate: alienare vero nullam rem potest nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est: quae sententia vera est.]*

Ich halte auch dieses Fragment für ein kompilatorisches Flickwerk und stütze diese Meinung auf folgende Gründe. Der Ausdruck: «quantum ad» mit Ellipse des Zeitwortes[1]) gebraucht ist zwar bei klassischen Schriftstellern nicht unerhört[2]), aber bei den Kompilatoren besonders beliebt. Die

---

[1]) pertinet, attinet; vgl. für Gaius Zanzucchi «Vocabolario delle Ist. di Gaio» v. quantum ad. — [2]) Vgl. z. B. Ovid. Ars am. 1, 744.

Beweise aus dem Kodex liegen auf der Hand[1]); für die Digesten sind zu vergleichen:

fr. 16 § 6 XX, 1:

[quantum quidem ad suptilitatem legis et auctoritatem sententiae] non probo.[2])

fr. 12 § 1 XX, 5:

[sed quantum quidem ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur] cet.[3])

Vgl. J. IV, 6, 7:

quantum ad actionem hypothecariam nihil interest cet.[4])

Die Kollektivbenennung «Sabiniani» kommt wohl bei Ulpian Fragm. Vat. 266 vor, ist aber selten, während sie bei Justinian häufig vorkommt.[5]) Und zuletzt legt uns der Satz «*possessionem quae est naturalis*» ein arges Rätsel vor; denn um den Besitz selbst zu bezeichnen, als gleichbedeutend mit dem Ausdruck «res facti», ist in den klassischen Quellen eine solche Benennung nicht zu erweisen, und wenn man dann die gewöhnliche Bedeutung des Ausdruckes annimmt, welcher das bloße körperliche Haben bezeichnet, wie Alibrandi behauptet[6]), so können wir dieser die Entscheidung Ulpians im fr. 29 D. 41, 2 entgegenstellen. Dort schreibt Ulpian:

Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere: quod est enim facti, potest amittere.

---

[1]) Vgl. die Stellen bei Longo «Vocabolario» v. «quantum ad». — [2]) Vgl. Gradenwitz in dieser Zeitschrift Bd. 26 p. 366; mehrere Zitate bei Fehr, «Beiträge zum röm. Pfandrecht S. 85 A. 119. — [3]) Vgl. Riccobono im «Bullettino» Bd. 8 p. 188 n. 5. — [4]) Ferrini [Bullettino Bd. 13 p. 192) schreibt diesen Satz dem Gaius zu und verweist auf Gaius I, 73, wo doch das erforderliche «attinet» steht. Im fr. 16 § 1 D. 13, 7 ist der Satz: *[Et quantum ad crimen pertinet excusat ignorantia, quantum ad contrarium iudicium]* ignorantia eum non excusat auch interpoliert, doch fehlt hier das dazugehörige Zeitwort nicht. — [5]) Die Stellen bei Longo «Vocabolario»; siehe dann J. II, 1, 25; D. 24, 1, 11, 3, für diese letzte Stelle vgl. Baviera, «Scritti giuridici» I S. 116; seiner radikalen Ansicht kann ich sonst nicht folgen; dazu Kipp, «Geschichte», S. 116 A. 9. — [6]) A. a. O. S. 249.

Unser Text ist also für das klassische Recht unverständlich. Gegen die Glaubwürdigkeit desselben sprechen außerdem die Basiliken, welche an dieser Stelle etwas anderes überliefern und zwar folgendes:

B. 50, 1, 10:

Ἄνηβος καὶ εἰς τὸ κτήσασθαι καὶ εἰς τὸ ἐκποιεῖν δεῖται ἐπιτρόπου.[1])

Diese Fassung kommt gewiß dem echten Texte Marcians näher. Und wenn auch die Wiederherstellung desselben nicht möglich ist, so können wir doch wenigstens seinen ursprünglichen Inhalt annähernd erraten.

Marcian handelte in seinen Ausführungen von der Unfähigkeit der Unmündigen. In dieser Beziehung nun führte er aus, daß der Pupill «sine tutoris auctoritate» eine «civilis possessio» weder erwerben noch entäußern könne. Dieser Grundsatz war ein elementarer; denn es liegt auf der Hand, daß der Unmündige stets die auctoritas tutoris braucht um eine zivilwirksame Handlung zu verwirklichen, also auch um «civilis possessio» zu erwerben oder dieselbe zu entäußern. Diese Rechtsnorm ist in der Tat auch in den justinianischen Quellen bezeugt. So sagt Paulus vom Besitzerwerb seitens des Pupills:

fr. 1 § 11:

sicut pupillus *[maxime]* tutore auctore adquirit possessionem.

Auch in dieser Stelle ist die Hand der Kompilatoren ersichtlich; das eingesetzte *maxime*[2]) schließt eigentlich die Notwendigkeit der auctoritas tutoris aus. Dennoch tritt die klassische Regel überall hervor. So soll das Gebot des Pupills, an seinem Sklaven Besitz zu erwerben, auctoritate tutoris gegeben werden

fr. 1 § 13 D. 41, 2:

Pupillus per servum sive puberem sive impuberem adquirit possessionem, si tutore auctore iusserit eum ire in possessionem.[3])

---

[1]) Heimb. Bd. 5 S. 39. — [2]) Anders Krüger ad h. l., welcher den ganzen Satz «*maxime tutore auctore*» als Glossem behandelt. — [3]) Die Ausnahme der Besitzerlangung ex peculiari causa haben wir be-



Was die Übertragung des Besitzes an andere anbelangt, schreibt Gaius, in bezug auf die Publiciana, also gewiß im Gebiete der «civilis possessio»

13 § 2 D. VI, 2:

Qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore *[lege non prohibente]* se emisse.

Also, die gerechte Besitzerlangung von seiten des Käufers muß sich auf einen gültigen Kauf gründen, und dazu ist «auctoritas tutoris» nötig. Im Gegensatz dazu haben die Juristen, wo sie über die Fähigkeit des Unmündigen zur Besitzerlangung «sine tutoris auctoritate» handeln oder dieselbe annehmen, einzig und allein den Interdiktenbesitz im Auge. So im fr. 1 § 3 h. t., wo sonst die Hand der Kompilatoren an verschiedenen Zeichen sichtbar ist. Ich lasse nur die Stelle folgen mit den von Tribonian eingeschalteten Wörtern kursiv gedruckt:

Furiosus *[et pupillus sine tutoris auctoritate]* non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habe*[n]*t, licet maxime corpore suo rem continga*[n]*t, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: *[quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant]*.

Jetzt wird es klar sein, wie sehr Justinian bestrebt war, die Fähigkeit des Unmündigen zum Erwerbe des Besitzes ganz allgemein anzuerkennen, wie er das wirklich in unserem fr. 11 tut.

Der Fall des Pupills verlangt also in der Besitzlehre neue Prüfung, und zwar in der hier angedeuteten Richtung. Die umgestalteten Fragmente sind viele, und dazu gehört auch das unsrige.

7.

Zweitens:

In dieser Beziehung kommt noch ein anderer Text in Betracht, obwohl er in seiner heutigen Gestalt nur vorüber-

sprochen; in bezug auf den Pupill ist sie bezeugt im fr. 1 § 5 D. 41, 2, wo gerade die Namen der hervorragenden Sabinianer sich finden.

gehend den Besitz erwähnt. Ich meine das berühmte Fragment von Pomp. ad Q. M.

53 D. 41, 1.

[Ea quae civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus.]

Die bis jetzt gegebenen Auslegungen von diesem Texte sind recht mangelhaft, auch ist derselbe in der Tat farblos. Die klassische Fassung muß eingehender gewesen sein und den Gegensatz mit verschiedenen bündigen Schlüssen entwickelt haben. Die Kompilatoren haben ein Exzerpt gemacht und alles glatt und klar zusammengedrängt. So ist heute der Inhalt der Stelle abstrakt, einfach und trägt gesetzgeberisches Gepräge. Die Form ist dürftig. Die Redensart: adquirimus stipulationem kann kaum gerechtfertigt werden; die Emendation «per stipulationem» ist schön, aber ohne Stütze in den Handschriften. Die Beispiele müssen im echten Texte zahlreicher gewesen sein. Aber was uns besonders angeht, ist, daß wir auch hier den Gegensatz «*civiliter*» und «*naturaliter*» finden, und diese letzte Wendung knüpft sich an den Besitz. Jede Besitzerlangung gilt als «*naturalis*» und kann daher durch jede freie Person vorgenommen werden. Daß diese freie Person im klassischen Texte ein «procurator» sein mußte ist bekannt.[1]) Ferner vermissen wir im Texte jeden Hinweis auf die «civilis possessio», die von dem Gewalthaber mittels seiner Unterworfenen erworben werden konnte, eben mit dem bekannten Unterschiede von Erwerbungen «ex causa peculiari» oder außerhalb des Pekuliums. Doch wissen wir, daß diese Unterschiede gerade von Iustinianus getilgt worden sind, und hierdurch kommen die Gründe zur Vereinfachung des Textes in der Kompilation zum Vorschein. Und dann bedeutet «*naturaliter*» hier nicht nur die körperliche Handlung des Besitzergreifens, wie gewöhnlich, sondern bezieht sich vielmehr auf den Besitz als res facti, gerade wie in dem oben erklärten fr. 11; und

[1]) Vgl. Kniep, Vacua poss. S. 219f., Mitteis, R. Privatrecht I S. 212 A. 27.



in diesem Sinne ist die Wendung, wie gesagt, echt justinianisch.

Wir sind nun am Ende unserer Ausführungen angelangt, aus denen sich die Gewißheit ergibt, daß die Terminologie betreffs des Besitzes von den Kompilatoren umgestaltet wurde, indem sie eine neue Einteilung des Besitzes einführten. Die «*civilis possessio*» umfaßt jetzt jedes vom Rechte anerkannte Besitzverhältnis; sehr wahrscheinlich in der Absicht, daß jeder Unterschied zwischen ius civile und ius honorarium in der neuen Kompilation als ausgelöscht gelten solle. «*Naturalis possessio*» bedeutet dann immer noch wie zuvor das äußerliche physische Element des Besitzes, und daher die Innehabung. Der Sondersinn des Ausdruckes «naturalis p.» gleichbedeutend mit ‹res facti›, um den Besitz als solchen zu bezeichnen, tritt nur sporadisch auf und kann folglich außer Betracht bleiben.

III.

Die byzantinische Terminologie der Besitzverhältnisse.

Dieses Ergebnis, so fest es auch auf Grund der vorstehenden Erörterungen der lateinischen Quellen steht, kann doch in den Basiliken eine wertvolle Bestätigung finden. Wir brauchen hier natürlich den Sprachgebrauch der griechischen Quellen nicht zu erschöpfen, es genügt vielmehr, einzelne charakteristische Erscheinungen hervorzuheben. Eine solche finde ich in der griechischen Fassung des fr. 9 D. 6, 1, die uns von Stephanus überkommen ist. Ulpian hat, wie wir sehen, in dem angeblichen Texte die in Betracht kommenden Besitzverhältnisse folgenderweise bezeichnet: possessio quae locum habet in interdicto uti possidetis, und im Gegensatz: hi omnes non possident. Stephanus hingegen drückt sich in seiner Übersetzung dieses Stückes wie folgt aus:

B. XV, 1, 9, sch. 24: *ἐπειδὴ οὗτοι πάντες οὐ πολιτικῶς ἀλλὰ φυσικῶς ἢ πραιτωρίως ἔ[χουσι τὴν νομὴν, οὐδὲ δύνανται] αὐτοὶ οὐσουκαπιτεύειν. ταῦτα μὲν οὖν, ὡς εἶπον, [ὁ Πήγασος. ἀλλ']ἐγὼ καὶ ὁ Οὐλπιανὸς κατὰ παντὸς νεμομένου τὸ ἀλλότριον*

καὶ φυσικὴν ἔχοντος εὐχέρειαν τῆς τοῦ πράγματος ἀποκαταστάσεως δεόντως ὑπολαμβάνω κινεῖσθαι τήν in rem.[1])

Und in seinen Erläuterungen fügt er hinzu:

sch. 25: *ἀλλὰ νομὴν πολιτικὴν ἢ καὶ φυσικὴν ἡ σπεκιαλία ἰν ῥὲμ ἀπαιτεῖ, ὡς πρὸς τῷ τέλει τοῦ διγ. φησίν.*

Der byzantinische Lehrer ist also so beherrscht von dem neuen Sprachgebrauch, welcher in der Besitzlehre aufgenommen wurde, daß er die Benennungen seiner Vorlage unwillkürlich durch jene ersetzt, die wir in der justinianischen Kompilation kennen gelernt haben.

Sonach bedeutet *πολιτικὴ νομή, πολιτικῶς* hier ganz direkt, daher zweifellos, jenes Besitzverhältnis, welches in dem lateinischen Original als Interdiktenbesitz beschrieben erscheint. Und das ist wohl bekannt. Die byzantinischen Quellen bezeichnen gerade jedwedes Besitzverhältnis mit den Wendungen: *ἔννομος νομή, κατὰ τοὺς νόμους νομή, πολιτικὴ νομή,* und oft wird ganz naturgemäß diese jetzt einzige und eigentliche Kategorie des Besitzes mit dem Beisatze *κυρίως* ausgedrückt. So stellt der Byzantiner an dem genannten Orte den juristischen Besitz der Innehabung folgendermaßen entgegen:

sch. 28: *ὅτι τινὲς κατὰ μόνου τοῦ κυρίως ἔχοντος νομὴν οὐ μὴν φυσικὴν κατάσχεσιν εἰρήκασι κινεῖσθαι τὴν σπεκιαλίαν ἰν ῥέμ.*

Es gibt jedoch eine schöne Ausnahme auch in den griechischen Quellen, gerade in der Erläuterung des fr. 3 § 15 D. 10, 4. Dieser wurde bereits oben[2]) gedacht; und wir wissen schon, daß die dort sich findende Terminologie der Besitzverhältnisse in den griechischen Quellen ganz isoliert steht.

Schluß.

Nach alledem hoffen wir zuversichtlich, die justinianische Terminologie des Besitzes von der klassischen klar und scharf getrennt und zugleich alle die großen Schwierigkeiten, welche die Quellen in dieser Beziehung bieten, überwunden zu haben.

---

[1]) Supplementum Zachariä p. 6. — [2]) Siehe oben S. 339.



Anderseits sind wir nun im Stande, in all dem, was auf das klassische Recht Bezug hat, unser Ergebnis auf die Probe stellen und mit Sicherheit und Genauigkeit den Charakter des Besitzes in den bisher zweifelhaften und in der Literatur vielfach bestrittenen Fällen bestimmen zu können. In der Tat sind die Ungewißheit und die daraus erwachsenen Meinungsverschiedenheiten aus der Mischung der klassischen und der justinianischen Terminologie entstanden, wie sie in der Kompilation vorkommt. Da diese Ursache nun beseitigt ist, tritt alles in klares Licht.

Der Pfandgläubiger und der beschenkte Ehegatte haben weder «civilis p.» noch «naturalis p.», sondern erlangen nur «possessio» d. h. Interdiktenbesitz. Der Unmündige, von welchem oben die Rede war, kann nur «tutore auctore» eine «civilis possessio» erlangen, oder durch seine Sklaven, indem sie «ex causa peculiari» Besitz erwerben; sonst, nach der Meinung wenigstens mancher Juristen, nur Interdiktenbesitz, eben weil dieser eine reine «res facti» ist. Und so könnte man die Determination aller Besitzverhältnisse fortsetzen, indem man einfach die hier erlangten Ergebnisse anwendet. Aber diese Aufgabe muß ich für ein anderes Mal aufschieben, da ich diese Schrift nicht länger ausdehnen darf, um die freundliche Aufnahme, welche mir diese Zeitschrift gewährt, nicht zu sehr in Anspruch zu nehmen. Nur ein Wort möchte ich noch hinzufügen, um zu wiederholen, daß nun die römischen Quellen sehr deutlich für uns sprechen, und daß zugleich die Ehre der römischen Jurisprudenz wiederhergestellt ist, indem wir nun erfahren, daß die glänzende Weltjurisprudenz, wie überall, so auch in der Besitzlehre eine Terminologie ausgearbeitet und befestigt hat, welche einleuchtend, genau, lebendig und deshalb sowohl der Volkssprache, als auch allen Anforderungen der Wissenschaft entsprechend ist. Es ist schade, daß eine so edle Verkörperung, welche die Wirklichkeit des Lebens in der von Justinian begrabenen Rechtssprache gefunden hatte, nur seelenlos an das Licht kommt, nachdem sie mehr als ein Jahrtausend geruht, und an ihrer Stelle die byzantinische Terminologie in der Rechtssprache der ganzen Welt festen Fuß fassen konnte; eine unbedeutende Terminologie, welche durch übertriebene Ver-

einfachung die Lehre des Besitzes selbst verwirrt und verdunkelt hat.

Wir können nun den großen Schaden ermessen, der durch diese justinianische Vermischung für die Erkenntnis der Lehre selbst erwachsen ist. Diese ist durch so viele Jahrhunderte hindurch gänzlich unklar geblieben.

Aber nachdem wir sozusagen das Vestibulum wieder aufgebaut, können wir unter den Trümmern die architektonischen Linien des mächtigen römischen Gebäudes überschauen. Wir sehen ganz genau und klar die beiden Grundlinien: Objektivitätstheorie und Subjektivitätstheorie in der Besitzlehre. Ja liegt nicht, möglicherweise, in der ersten das Merkmal der «civilis possessio», wovon die alte Besitzlehre im Gebiete des Zivilrechts ihren Ausgangspunkt nahm?

Ist die zweite nicht etwa das verfeinerte Produkt der klassischen Jurisprudenz bei der Verarbeitung des Interdiktenbesitzes? Inwiefern hat dann die Jurisprudenz der Kaiserzeit diese zwei verschiedenen Grundbegriffe zu einem einheitlichen Institute verarbeitet?

Dies alles sind nur Fragen, welche ich die Ehre habe den Lesern der Zeitschrift vorzulegen, die sich mit dem ruhmvollen Namen des Meisters der Besitzlehre ziert.

Zusatz zu S. 352.

Die Abhandlung von Lenel über «reivindicatio und actio ad exh.» [Grünhuts Z. Bd. XXXVII S. 515 f.] konnte ich leider nicht benutzen, ja nicht einmal mehr zitieren. Ich bedauere dies um so mehr, als ich meinen Gedanken nach den Belehrungen meines geehrten Lehrers in manchen Punkten gewiß einen schärferen und genaueren Ausdruck hätte geben können. Was jedoch das Ergebnis der vorliegenden Erörterung anbetrifft, auch bezüglich der Passivlegitimation zur actio ad exh., so habe ich meinen Ausführungen nichts hinzuzufügen und auch nichts zu ändern. Denn die Verteidigung der herrschenden Lehre durch Lenel sucht eben einen ihrer Stützpunkte in der berühmten «Unbestimmbarkeit» der Terminologie der Besitzverhältnisse, wie sie die justinianischen Quellen darbieten. Dies hebt Lenel ausdrücklich hervor, indem er Anm. 47 schreibt: «Er (d. h. der missus) hat

freilich keine possessio im streng technischen Sinn; aber auch in der Formel der actio ad exhibendum wird das Wort possidere im weiteren Sinn verstanden. D. 10, 4, 3, 15; 5, 1.» Dazu bemerke ich einfach, daß sich für einen solchen strengeren oder weiteren Sinn des Wortes possidere nach dem Sprachgebrauch der Juristen kein Raum mehr findet.

IX.

Noch einmal die litis contestatio des Formularprozesses.

Von

Herrn Geheimrat Prof. Dr. **Hölder**

in Leipzig.

Meine Abhandlung über diesen Gegenstand (in dieser Ztschr. 24 S. 197ff.) hat beim Altmeister Bekker Anklang, dagegen sonst entschiedenen Widerspruch gefunden. Hier nun handelt es sich nicht um eine selbständige Erörterung des weit ausgreifenden Problems, sondern nur um eine kurze Verteidigung des Grundgedankens meiner früheren Arbeit gegen bestimmte Gegner, insbesondere Wlassak, der sich über meine Ausführungen ohne jedes Eingehen auf ihren Inhalt in einer Weise geäußert hat, zu der ich lange geschwiegen habe, aber doch nicht auf die Dauer schweigen darf.

Nach Wlassak (diese Ztschr. 25 S. 138 Note 4) habe ich „die Erörterung der Frage, wie in Rom zur Zeit der klassischen Juristen die Lis kontestiert wurde, in eine Region gehoben, in der man die Stimme der Quellen nicht mehr vernimmt". Insbesondere gelte dies von den Stellen, die „der These des Verfassers geradezu widersprechen", wofür Wlassak auf die in seiner Litiskontestation 31 f. abgedruckten Stellen verweist.

Meine von Wlassak als direkt quellenwidrig bezeichnete These geht dahin, daß die litis contestatio nicht, wie er sie

bestimmt, eine der prätorischen datio iudicii s. formulae nachfolgende Vereinbarung der Parteien, sondern eine solche ist, die durch jenen prätorischen mit ihrem Einverständnis erfolgenden Akt zur Existenz gelangt. Wlassak sagt (Lk. 30), wenn dieser die Lk. wäre, „müßte doch auch vom Magistrate zuweilen gesagt sein: litem contestatur.“ Ich sage jedoch nicht, daß er „die Lk.“, wohl aber, daß er ein Bestandteil derselben und zwar derjenige sei, durch den sie zur Vollendung gelangt, wie die in iure cessio und die manumissio vindicta durch den Akt des Prätors, die manumissio censu durch den Akt des Censors zustande kommt, ohne daß deshalb je ihre Vollziehung dieser Obrigkeit zugeschrieben würde. Zu dieser Auffassung der litis contestatio als einer solchen, wobei der Prätor mitwirkt, und zwar durch Beifügung des Aktes, durch den sie zur Vollendung gelangt, stimmt vollständig der nach Wlassak meiner These geradezu widersprechende Ausspruch des Paulus (l. 28 § 4 de iud. 5, 1): „iudicium praetor dare debet, ut lis contestetur.“ Wlassak sieht in dem von ihm fett gedruckten „ut“ einen sicheren Beweis dafür, daß Paulus die litis contestatio als eine der Erteilung des iudicium nachfolgende versteht. Ein Akt, der erfolgt, damit etwas andres erfolge, kann aber nicht nur erfolgen, damit dieses nachher, sondern auch, damit es unmittelbar durch ihn erfolge. So erfolgt die prätorische addictio oder der censorische Eintrag, damit dadurch die in iure cessio oder manumissio erfolge.

Unstreitig spricht dagegen von einem der datio iudicii nachfolgenden accipere Cicero in Verrem III, 22, 55, wenn er, nachdem sie erfolgt ist, den Beklagten sagen läßt, iudicium se accepturum esse. Das accipere iudicium kann sich aber nicht nur beziehen auf das erst erteilte, sondern auch auf das durch das Urteil abgeschlossene iudicium, und das Futurum accepturum bezeichnet nicht ein gegenwärtiges, sondern ein in Aussicht gestelltes zukünftiges accipere, dessen Gegenstand sehr wohl das Urteil oder das iudicium als ein durch Urteil abgeschlossenes sein kann.

Nach Wlassak hat das accipere iudicium nur einen Sinn, und zwar erfolgt es stets sowohl nach der datio iudicii als dem Kläger gegenüber. Als ein diesem gegenüber erfolgen-

des tritt es uns aber bei Cicero nicht entgegen. Ist es notwendig ein solches, so kann sein Subjekt nur der Beklagte sein, und so ist denn auch Wlassak der Überzeugung, daß nur der Beklagte „iudicium accipit" (S. 29). Wie stimmt es aber damit, daß, wenn vom iudicium acceptum im Sinne der lis contestata die Rede ist, als Empfänger nicht nur nie speziell der Beklagte bezeichnet wird, sondern mehrfach uns ausdrücklich beide Parteien entgegentreten?[1])

Als besonders deutliche Zeugnisse für seine Meinung erwähnt Wlassak die Wendung der lex Rubria: quos inter id iudicium accipietur lisve contestabitur und den Ausspruch des Celsus (l. 42 pr. D. de R. Cr. 12, 1) vom iudicium inter me et Seium acceptum, sowie die Stelle Ulpians (l. 1 § 1 D. de litig. 44, 6), wo die Rede ist von „inter Primum et Secundum ... lis contestata" und dann noch besonders der Fall erwähnt wird, daß „cum tutore etc. iudicium acceptum sit".

Diese Stellen nebst einem überhaupt nicht vom accipere iudicium, sondern nur vom litem contestari des Klägers redenden Ausspruch des Macer (l. 16 D. de off. praes. 1, 18) sind es, wegen deren nach Wlassak (S. 33) „mit Zuversicht" zu sagen ist, daß „die Streitbefestigung im Formularprozesse sich zusammensetzte aus dem litem contestari des Klägers und dem iudicium accipere des Beklagten". Sie bezeichnen aber vielmehr die litis contestatio oder das iudicium acceptum als etwas, das vor sich geht zwischen beiden Parteien, woran sie also beide beteiligt sind. Insbesondere spricht der Ausspruch Ulpians von einem iudicium nicht a, sondern cum procuratore acceptum. Ist ihm sowohl die lis zwischen beiden contestata als das iudicium von der einen mit der andren acceptum, so ergibt dies wahrlich nicht ein litem contestari ausschließlich des Klägers und ein iudicium accipere ausschließlich des Beklagten. Es ergibt vielmehr ein gemeinsames litem contestari und iudicium accipere

---

[1]) Mit Unrecht behauptet R. Schott (Röm. Ziv.-Pr. und moderner Prozeß IV, S. 71), dies finde sich nur bei den iudicia duplicia. Dieser Behauptung widersprechen nicht nur die gleich angeführten und andre Stellen (z. B. Gai. 4, 104 u. 105), sondern auch die Identifizierung des iudicium acceptum und der lis contestata, da bei iudicia divisoria überhaupt keine lis vorliegt.

beider Parteien. Und wenn uns außerdem das litem contestari als ein Verhalten des Klägers gegenüber dem Beklagten, das iudicium accipere als ein Verhalten des Beklagten gegenüber dem Kläger begegnet, so haben hier diese Wendungen eine andere Bedeutung, wie es überhaupt kaum eine Wendung der römischen Rechtssprache gibt, die nicht verschiedene Bedeutungen hätte. Mit der litis contestatio hat es in dieser Beziehung dieselbe Bewandtnis wie mit manchen Ausdrücken unsrer Rechtssprache. So nennen wir ein Rechtsgeschäft oder ein Verbrechen teils ein bestimmtes Verhalten seines Urhebers, teils den ganzen dieses umfassenden, aber keineswegs ausschließlich aus ihm bestehenden Tatbestand, der den Eintritt der Geschäfts- bzw. Verbrechensfolgen begründet. Als ein Verhalten der Parteien ist die litis contestatio Erbittung eines iudicium und ihr Subjekt vor allem der Kläger, von dem diese ausgeht. Als ein seiner Erbittung durch den Kläger Zustimmender erbittet es aber auch der Beklagte, und schon darin, daß jener litem contestatur mit diesem, liegt ja auch, daß dieser gleichfalls litem contestatur, wie auch Subjekt der coëmtio, die mulier facit cum viro, nicht nur die Frau, sondern mit ihr der Mann ist.

Wenn der Beklagte dem Kläger gegenüber iudicium accipit, so ist er dadurch nicht ein die litis contestatio, die ja dieser mit ihm vollzieht, nicht vollziehender, sondern ein durch sein Einverständnis mit der vom Kläger ausgegangnen Erbittung des iudicium sie mit vollziehender. Und während die litis contestatio als ein Verhalten der Parteien ihre gemeinsame Erbittung des iudicium ist, so ist sie als eine durch die prätorische Bewilligung des erbetenen iudicium zu rechtlicher Existenz gelangte dessen Erlangung. Nichts andres bedeutet das iudicium acceptum als ein den Parteien auf ihre Bitte zuteil gewordnes iudicium, so daß damit nicht ein Verhalten der Parteien, sondern ein zwar durch dieses, aber keineswegs ausschließlich durch dieses für sie eingetretner Erfolg gemeint ist.

Dem accipere steht gegenüber das dare. Jenes ist aber nicht etwas diesem Nachfolgendes. Bedarf es zum Eintritte des Erfolges, den der Geber bezweckt, erst noch der An-

nahme, so existiert erst mit ihr eine datio. Wäre das durch den Prätor den Parteien bewilligte iudicium erst durch deren nachfolgende Zustimmung eingesetzt, so wäre erst durch diese die datio iudicii vollendet. Der Magistrat vollzieht aber seine Amtshandlungen nicht als solche, deren Geltung von der nachträglichen Zustimmung der Parteien abhängt. Wo er einen Erfolg nur bestimmt als einen von ihnen gewollten, da folgt seine Bestimmung als Bewilligung des von ihnen gewollten Erfolges ihrer Willensäußerung nach, und was sie von ihm accipiunt, das ist nicht etwas, das sie annehmen und das erst durch ihre Annahme etwas ihnen Gegebnes wird, sondern etwas, das sie durch seine datio empfangen.

Gerade Wlassak betont, daß dare und accipere des iudicium identisch ist mit dare und accipere der formula. Er versteht darunter deren körperliches Übergeben und Entgegennehmen. Dabei soll aber dare die Übergabe durch den Prätor an den Kläger und accipere die Entgegennahme durch den Beklagten vom Kläger bedeuten. Dem dare des Prätors soll kein accipere entsprechen. Während tutorem accipit, wem der Prätor tutorem dat, soll nicht iudicium s. formulam accipere, wem der Prätor iudicium s. formulam dat; und wenngleich vom iudicium acceptum ohne Bezeichnung eines bestimmten Empfängers weit öfter die Rede ist als davon, daß reus ab actore iudicium accipit, soll doch die Bezeichnung des iudicium acceptum nichts andres bedeuten als die Entgegennahme durch den Beklagten vom Kläger. Träfe dies zu, so wäre es der Beklagte, der rem in iudicium deducit; denn das iudicium acceptum ist identisch mit der res in iudicium deducta. Es ist aber res in iudicium deducta durch das Zusammenwirken der Parteien und des Prätors oder die prätorische datio des von ihnen erbetenen iudicium.

Von einer tutoris datio unterscheidet sich natürlich die datio iudicii gleich der datio der bonorum possessio dadurch, daß sie eine erbetene datio ist, die keinen andren als den erbetenen Inhalt hat. Dafür, daß „bei dem iudicium dare nicht . . . der Magistrat selbst den Formelwortlaut autoritativ feststellt“, beruft sich Lenel (in dieser Ztschr. 24 S. 340 Note 1) auf die Wendung der l. Rubria (c. 20 l. 41, 47),

daß er für eine bestimmte Formelfassung sorgen solle. Dies ist ein Zeugnis dafür, daß es Sache der Parteien war, eine bestimmte formula zu erbitten, aber keinerlei Beweis dagegen, daß die prätorische datio der erbetenen formula diese „autoritativ feststellt".

Wie die prätorische datio iudicii s. formulae erfolgte, wissen wir nicht. Schon ihre Eigenschaft als obrigkeitliche datio macht es aber unwahrscheinlich, daß sie zu ihrer Wirksamkeit einer nachfolgenden Vereinbarung der Parteien bedarf, die durch sie das von ihnen erbetene iudicium erhalten, wie der Mündel dadurch, daß ihm ein Vormund gegeben wird, einen solchen erhält. Wer es erhält, ist in erster Linie der Kläger, von dem seine Erbittung ausging. Ebenso erhält es aber der Beklagte, der es gleichfalls erbeten hat — hätte er an seiner Erbittung sich nicht beteiligt, so wäre er indefensus und käme es nicht zur datio iudicii — und von dem unter Umständen selbst seine Erbittung ausgegangen ist, so im Fall des einem gebietenden interdictum gegenüber von ihm erbetenen arbiter. Wenn er in diesem Falle nach Gai. IV 163 accipit formulam quae appellatur arbitraria, so kann dies nicht heißen, was es nach Wlassak ausschließlich heißen soll, daß er die formula vom Kläger entgegennimmt, sondern nur, daß er sie vom Prätor erhält, wodurch sie ebenso der Kläger erhält. Ausdrücklich erscheint dieser als ein solcher, der formulam accipit (wobei freilich dieses Wort nicht ganz sicher ist) bei Gai. IV. 52.

Mit Wlassak einig in der Auffassung der litis contestatio als eines der datio iudicii nachfolgenden Aktes der Parteien faßt doch Lenel in dieser Ztschr. 24ff. S. 335ff. jenen Akt anders auf. „Die Parteien mußten sich ja, ehe es zur förmlichen Lk. kam, über die Fassung der Formel geeinigt haben. Aber die Römer müßten unpraktische Leute gewesen sein, wenn sie sich mit dieser Art Präzisierung begnügt hätten." Es sei „Gefahr gewesen, daß später von der einen oder andren Seite die erfolgte Einigung in irgendeinem Punkte bestritten wurde", und deshalb sei nach erfolgter datio iudicii „noch der Gegenstand dieser Einigung ausdrücklich rekapituliert" worden. Man sieht hier weder, wozu es der nochmaligen Rekapitulation des Gegenstandes der erfolgten

Einigung bedurfte, wenn doch schon die prätorische datio formulae ihn fixierte, noch wie im Fall der Uneinigkeit der Parteien über ihn, falls nicht schon durch die erteilte formula eine solche ausgeschlossen und dadurch jene Rekapitulation erübrigt war, verfahren wurde.

Im Gegensatze zu Lenel wie zu Wlassak geht R. Schott (Römischer Ziv.-P. und moderne Prozeßwissenschaft 1904) von der Annahme aus, daß die Parteien nicht „sich schon ... unter sich über die Formel geeinigt hätten“ (S. 38). Nehmen wir aber dies an, so ist die sogenannte datio formulae keine wirkliche datio, sondern lediglich ein Vorschlag, der zum dare erst durch das accipere der Parteien wird. Die Bezeichnung des iudicium acceptum würde dann bedeuten die erfolgte Annahme des vom Prätor vorgeschlagnen iudicium, deren Subjekt aber nicht, wie Wlassak will, ausschließlich der Beklagte sein könnte, sondern vor allem der Kläger sein müßte. Dies wäre auch dann der Fall, wenn die datio iudicii mit Zustimmung der Parteien erfolgte; denn wenn es zur Geltung der formula noch ihrer nachfolgenden Einigung bedürfte, wäre jene Zustimmung nur eine vorläufige, die eine Einigung über die formula noch nicht ist, sondern nur für die Zukunft unverbindlich in Aussicht stellt.

Gegen meinen Satz, daß die Geltung einer obrigkeitlichen datio nicht von einer ihr nachfolgenden privaten Zustimmung abhängen könne, wendet Schott (S. 51) ein das heutige Urteil. „Formelerteilung und Lk. stehen in einem analogen Verhältnis wie das Urteil und seine Zustellung. Die ganze Autorität des Staates kommt in ihm zum Ausdruck und trotzdem — in seiner Wirksamkeit hängt es im ganzen Umfang ab von dem bescheidenen Parteiakt der Zustellung.“ Was aber zunächst jenes analoge Verhältnis betrifft, so ist ein großer Unterschied zwischen der vom Willen einer Partei abhängenden Zustellung und einer vom Willen beider abhängenden Vereinbarung. Begründet die sogenannte datio iudicii ein iudicium nicht ohne solche, so ist sie ein für sich unwirksamer Vorschlag, während das Urteil auch dann, wenn es erst durch die Zustellung einer Partei rechtskräftig wird, doch das Recht jeder Partei begründet, ihm durch seine Zustellung Rechtskraft zu verschaffen. Daß es diese erst

durch jene erlangt, ist, wie Schott betont, eine „notwendige Folge der Grundprinzipien unsres Prozesses“. Mit Verweisung auf sie meint Schott, meine Auffassung wäre nur richtig, „wenn es keinen Prozeß gäbe oder wenn es zulässig wäre, sich den römischen Zivilprozeß zu einem Begriffshimmel aufzubauen“. Die Sache verhält sich aber eher umgekehrt. Jene „Grundprinzipien“ sind nicht nur dem römischen Rechte fremd, sondern gerade sie stammen aus dem „Begriffshimmel“; sie beruhen auf dem Dogma von der Tätigkeit der Parteien als der einzigen Ursache prozessualischer Wirkungen. Nach Schott befinden wir „uns ganz wohl dabei“. Dies ist aber unrichtig. Wenn eine Partei ein Versäumnisurteil erwirkt hat und unmittelbar nach seiner Verkündung der Gegner erscheint, was ist natürlicher als daß sofort von ihm Einspruch erhoben wird und es zu einem andren Urteile auf Grund der Verhandlung der anwesenden Parteien kommt? Befinden sich etwa die Parteien wohl dabei, wenn dies nicht möglich ist, weil das Versäumnisurteil noch nicht zugestellt ist? Und wenn nach dem ihnen verkündeten Urteil die Parteien alles für erledigt halten, ist es dann zweckmäßig, daß der abgewiesene Kläger nach Jahren von neuem klagen kann, weil das Urteil nicht zugestellt wurde, oder der verurteilte Beklagte, der vielleicht sofort bezahlt hat, nach Jahren das Gezahlte als nicht geschuldet zurückfordern kann?

Schott wirft den Bearbeitern des römischen Prozesses vor, sie seien „Nur Zivilisten“ und betont die Bedeutung der Kenntnis unsres Prozesses für das Verständnis des römischen. Und gewiß ist diese Bedeutung nicht zu leugnen. Wer aber seine Kenntnis des eignen Rechtes für das Verständnis eines fremden verwerten will, muß auch jenem gegenüber sich kritisch verhalten.

Schott spricht (S. 13) von der „hoffentlich bald ganz verschwindenden Trennung von Zivilrecht und Prozeß“, und es entspricht allerdings den von ihm angerufenen „Grundprinzipien“ unseres heutigen Prozesses, die Selbständigkeit des Prozeßrechtes gegenüber dem Privatrechte möglichst zurücktreten zu lassen, die doch schon durch seine Eigenschaft als öffentliches Recht gegeben ist. Keine erfreuliche

Probe für Schotts Klarheit über das Verhältnis beider gibt seine Auseinandersetzung über die Rechtskraft als den weiteren und die Konsumtion als den engeren Begriff (S. 10). In Wirklichkeit ist, was freilich nicht nur von Schott übersehen wird, ein rechtskräftiges Urteil nicht ohne Konsumtion denkbar; ist sein Inhalt maßgebend, so ist notwendig die bisherige vielleicht andere Gestalt des entschiedenen Verhältnisses erloschen. Dagegen ist Konsumtion denkbar ohne Urteil, wie sie denn nach klassischem Rechte unabhängig davon eintrat, ob es zu einem Urteile kam.

Nach Schott (S. 57) bezweckt die Lk. „Zustellung der dem Kläger erteilten Formel an den Beklagten und ist das edere und accipere mehr Form wie Inhalt dieses Rechtsgeschäftes". Sehen wir von der Unklarheit des zweiten Satzes ab, so ist jedenfalls eine auf jenen Zweck sich beschränkende Lk. und ein auf die Entgegennahme einer Zustellung sich beschränkendes iudicium accipere etwas anderes als die Lk. und das iudicium accipere im Sinne Wlassaks.

Von mir sagt Schott (S. 58), ich verwende den prozessualen Begriff der Zustellung nicht, meine ihn aber. „Auch hier ist es interessant zu sehen, mit welchen geistigen Anstrengungen der Aufbau eines Begriffes versucht wird, der im Prozeßrecht schon fertig zum Gebrauch vorliegt. Aber es ist schwer, sich aus den nur-zivilistischen Banden, in denen der römische Prozeß noch befangen liegt, herauszureißen." Ich verstehe nicht, wie Schott denken kann, ich meine die Zustellung und habe nur das Wort nicht gefunden, das auch mir, dem „Nur-Zivilisten" bekannt genug ist, das übrigens auch Schott, der Prozessualist, in seiner früheren Schrift noch nicht gefunden zu haben bekennt, obgleich schon sie den Zweck der Lk. in der Übermittlung der Fixierung des Streites an den Beklagten sah. Habe ich doch aufs bestimmteste ausgeführt, daß die prätorische datio iudicii für sich den Zustand des iudicium acceptum oder des durch sie den Parteien zuteil gewordenen iudicium begründet.

Bezüglich des accipere betont Schott selbst, es könne sowohl ein bestimmtes Verhalten als ein bloßes Erleiden einer Wirkung bedeuten. Er betrachtet nun verschiedene Stellen daraufhin, ob es in ihnen jenen aktiven oder diesen

passiven Sinn hat, und findet (S. 31), die Stellen für jenen „schmelzen ... bedenklich dahin“, aber es bleibe Ulpians „sprachlich klare und sachlich markante, die Aktivität beweisende l. 9 § 3 D. de dolo 4, 3“. Dazu komme, daß in l. 83 § 1 D. de V. Obl. 45, 1 zwar die Schlußäußerung des Paulus gegen, aber die Eingangsäußerung des Aristo für die Vertragsnatur spreche (was also doch keinesfalls ein reines Resultat ergäbe) nebst den von Wlassak angeführten Cicerostellen. Die eine davon (in Verr. III, 22) ist bereits besprochen. Die anderen sind aus der Rede pro Quinctio. Hier heißt es zweimal (c. 26 § 82, 83) daß der Beklagte satisdaret et iudicium accipere vellet, und nach Schott (S. 75) zeigt insbesondere die mehrfache Betonung des velle, daß er „nicht bloß passiv die Formel ... empfing, sondern aktiv ... sie annahm“. Schott hat dabei einmal übersehen, was er auf S. 69 selbst bemerkt hat, daß die satisdatio „schon vor der Formelerteilung zu geschehen pflegt“, also dieser auch das accipere velle unserer Stelle vorangeht. Außerdem aber ergibt dieses velle nicht seinen, sondern eher den entgegengesetzten Schluß. Es wäre mindestens überflüssig, wenn accipere = annehmen wäre, das selbst nichts anderes als ein Willensakt ist; dagegen ist es nicht überflüssig, wenn accipere = empfangen ist, indem es dann das Einverständnis damit bedeutet, vom Prätor das bestimmte iudicium zu empfangen. Ebenso verhält es sich mit der Äußerung c. 20 § 63 „iudicium quin acciperet in ea ipsa verba, quae Naevius edebat, non recusasse“ = er habe sich nicht geweigert, das bestimmte vom Kläger vorgeschlagene iudicium zu empfangen. Desgleichen ist mit den Worten Ulpians in der angeführten Stelle: „neque Titius velit iudicium accipere“ gesagt, daß er sich weigert, das iudicium zu empfangen oder seiner noch nicht erfolgten datio widerspricht, und mit Unrecht erklärt Schott, sprachlich ergebe das non velle accipere aufs deutlichste, daß zum accipere ein velle gehöre.

Anstatt des accipere velle kann auch einfach gesagt werden accipere, so wenn (eod. § 64) cuius procurator non omnia iudicia acceperit, quae quisque in verba postularit. Dann heißt aber accipere annehmen oder zustimmen, wobei jedoch Objekt der Zustimmung nicht das erteilte iudicium,

sondern die Erteilung des vom Kläger begehrten iudicium ist, wie denn in den angeführten Worten das accipere sich ausdrücklich nicht auf vom Prätor schon erteilte, sondern auf erst vom Kläger postulierte iudicia bezieht.

Mit Verwunderung liest man als Schotts Ergebnis (S. 75), daß er „bei Wlassaks Litiskontestationsvertrag anlange“. Sieht man auch ab von dessen unbegründeter Identifizierung mit Schotts bloßem Zustellungsvertrag, so muß man doch fragen, warum, wenn nach Schott von den vielen Erwähnungen des accipere iudicium oder iudicium acceptum nur wenige mit Sicherheit den aktiven Sinn des accipere als einer Annahme oder Entgegennahme ergeben, diesen Sinn auch alle anderen Stellen haben müssen, was nur gefolgert werden könnte, wenn es etwas Unerhörtes und nicht vielmehr die Regel wäre, daß dieselbe Wendung der römischen Juristen verschiedene Bedeutungen hat. Wenn außerdem das iudicium accipere in Wlassaks Sinn ein der datio iudicii nachfolgendes Einverständnis des Beklagten ist, so hätte Schott sich doch auch fragen müssen, ob die Stellen, die den aktiven Sinn des accipere sicher ergeben, es auch ergeben als ein der datio iudicii nachfolgendes, wovon mehrfach das Gegenteil zutrifft. Und endlich mußte er, ehe er fand, daß er „bei Wlassaks Litiskontestationsvertrag anlange“, prüfen, ob wirklich, wie Wlassak annimmt, als Subjekt des iudicium accipere uns ausschließlich der Beklagte entgegentritt, wogegen er ohne jede Erwähnung des Widerspruchs, in den er sich dadurch mit Wlassak setzt, im accipere iudicium cum aliquo den Gedanken findet: „gemeinsam vom Prätor empfangen“ (S. 72). Daß dem iudicium acceptum im Sinn der lis contestata keine andere Bedeutung zukommt, zeigt namentlich, was meine frühere Abhandlung (S. 228f.) hervorgehoben, aber weder Wlassak noch Lenel noch Schott beachtet hat, der Fall der durch litis contestatio des Vertreters für den Vertretenen eingetretenen Konsumtion. War die litis contestatio eine der Erteilung der formula nachfolgende Vereinbarung, so war sie eine solche ausschließlich des Vertreters, der nicht durch eine solche über das Recht des Vertretenen zu verfügen vermochte. Konnte aber nur jener ein solcher sein, der die formula an- oder entgegennahm, so

war ein passiver Empfänger derselben oder des Erfolges ihrer Erteilung auch der Vertretene, dessen actio durch ihre mit seinem Willen erfolgte Erteilung konsumiert war.

War iudicium acceptum und damit res in iudicium deducta durch die datio iudicii, so konnte in derselben Sache nicht mehr eine andere formula begehrt werden, es würde denn in integrum restitutio erbeten. Wäre die litis contestatio ein der datio iudicii nachfolgender Vertrag der Parteien so hätte nicht nur, wenn er nicht zustande kam, wieder eine neue formula in derselben Sache erbeten werden können, sondern, da Verträge durch entgegengesetzte Verträge rückgängig gemacht werden können, hätte auch die erteilte, aber erst durch einen späteren Vertrag der Parteien in Kraft gesetzte formula durch einen solchen wieder außer Kraft gesetzt werden können. Schott (S. 53) meint ohne Begründung, derselbe Prätor werde die Parteien, wenn sie ohne triftige Gründe von neuem kommen, wohl abweisen, aber Konsumtion sei nicht eingetreten und vor einem anderen Prätor könnten sie ihr Glück von neuem versuchen, was nicht auffallend sei, da auch heute die Parteien die Klage hundertmal zurücknehmen und von neuem anstellen können, ja selbst durch ein Urteil nicht gehindert seien, wenn es nicht zugestellt wurde. Ob das ein gesunder Zustand ist, fragt sich unser an ihn gewöhnter Prozessualist nicht. Es hat aber etwas Komisches, wenn von ihm als „Nur-Zivilist" stigmatisiert wird, wer dem Staatsakte des richterlichen Urteils und der obrigkeitlichen datio iudicii selbständige Bedeutung zuerkennt. Bezüglich dieser ist ein weiteres auch schon in meiner früheren Abhandlung betontes, aber von den Gegnern nicht gewürdigtes Argument dafür das für den Sieg des Klägers bestehende Erfordernis des Zutreffens der intentio zur Zeit der litis contestata, deren Zusammenfallen mit der Zeit der erteilten formula sich daraus ergibt, daß diese das gegenwärtige Zutreffen der intentio erfordert.

Freilich stellt man neuestens auch die Natur des richterlichen Urteils als eines Staatsaktes für das römische Recht in Abrede durch die Annahme, der iudex sei ein von den Parteien sich selbst gegebener Schiedsrichter gewesen und der Prätor habe das iudicium nur vermittelt (Lenel S. 342.

Wlassak S. 139 Note 1). Eine Tätigkeit, die notwendig der Vermittlung durch einen magistratus bedarf, kann aber nicht lediglich eine schiedsrichterliche sein, und gerade das römische Recht hat dem Schiedsspruch nie Rechtskraft beigelegt. Wie viel oder wenig Einfluß auf die Bestellung des iudex die Parteien gehabt haben, ändert nichts daran, daß die datio iudicis gleich der datio iudicii — auf das Verhältnis der einen zur anderen ist hier nicht einzugehen — ein obrigkeitlicher Akt ist und daß daher die Macht des iudex abgeleitet ist von der Macht des magistratus. Wie res iudicata, so existiert auch res in iudicium deducta durch Staatsakt, und damit steht ihre Zurückführung auf die litis contestatio der Parteien ebensowenig im Widerspruche, wie die Bezeichnung des Grundeigentums als eines durch den Grundeigentümer übertragenen, eines rechtsfähigen Vereines als eines durch seine ersten Mitglieder und einer Stiftung als einer durch den Stifter gegründeten im Widerspruche damit steht, daß erst durch staatliche Eintragung, Verleihung oder Genehmigung das Eigentum übergegangen und der rechtsfähige Verein oder die Stiftung entstanden ist. Von diesen Beispielen nimmt die Vereinsgründung eine besondere Stellung ein, weil der Verein auch ohne Eintragung oder Verleihung der Rechtsfähigkeit existiert, wenn auch noch nicht als rechtsfähiger. Dagegen ist das Stiftungsgeschäft eine Errichtung der Stiftung nur in Verbindung mit der staatlichen Genehmigung und die Auflassung eine Übertragung des Grundeigentums nur in Verbindung mit der Eintragung. Die Handlung des Stifters ist daher nicht sowohl ein eigenes Rechtsgeschäft als ein Bestandteil des durch die staatliche Genehmigung zustande kommenden Rechtsgeschäftes, und sie ist ein Handeln gegenüber der Behörde, deren Genehmigung sie erbittet. Ebenso faßt jetzt Siber (Das Buchrechtsgeschäft 1909) die Auflassung als eine Erbittung der Eintragung, und in der Tat ist sie, wenn sie eine Äußerung des Übereignungswillens ist und nur in Verbindung mit der Eintragung die Übereignung bewirken kann, auch eine Äußerung des Willens, daß die Eintragung erfolge. Wenn Siber unterscheidet, ob die behördliche den gewollten Erfolg herbeiführende Mitwirkung den Parteien geschuldet wird oder nicht, und nur im ersten

Falle sie als einen Bestandteil des Rechtsgeschäfts ansieht, so macht in Wirklichkeit diese Verschiedenheit einen Unterschied für die Natur des Rechtsgeschäftes, aber nicht dafür, daß es erst durch den Akt der Behörde zustande kommt, was vielmehr im zweiten Fall uns nur noch handgreiflicher entgegentritt. Insbesondere ist klar, daß, wenn der geäußerte Stiftungswille keinerlei Geltung hat ohne die beliebig versagbare staatliche Genehmigung, vor dieser ein ihm Geltung verleihendes Rechtsgeschäft nicht existiert.

Zwischen dem Fall einer den Parteien geschuldeten Eintragung oder Bestätigung, wie bei der Annahme an Kindes Statt, oder addictio, wie bei der Rechtsübertragung durch legis actio, und dem Falle einer beliebig versagbaren Genehmigung steht in der Mitte der Fall der datio des erbetenen iudicium, die abhängt nicht vom Belieben, aber vom pflichtmäßigen Ermessen des Prätors. In Aktion tritt aber dieser nicht erst durch ihre Gewährung oder Verweigerung. Vielmehr erfolgt die ganze ihrer Erbittung vorangehende Verhandlung unter seiner Mitwirkung und Leitung. Es liegt nach der Natur des Prozesses als eines Verhältnisses, an dem sowohl das Gericht als die Parteien beteiligt sind, im Wesen der Prozeßhandlungen, daß sie als Handlungen des Gerichtes beiden Parteien gegenüber und als Handlungen einer Partei sowohl der anderen als dem den Prozeß leitenden Gerichte gegenüber erfolgen, und keinesfalls können für das römische Recht Einschränkungen dieses Satzes eingewendet werden, die für unser Recht das Dogma vom Parteibetriebe herbeigeführt hat. Was in iure geschieht, das geschieht entweder durch den Magistrat oder vor dem Magistrat, und was vor ihm geschieht, das geschieht nicht ohne seine Mitwirkung, sollte sie auch nur darin bestehen, daß er es geschehen läßt. Wie stimmt dazu die Annahme, daß seiner datio iudicii noch eine Vereinbarung der Parteien habe nachfolgen müssen, an der er in keiner Weise beteiligt war? Wir wissen, daß es ihm zukam, mit seiner ganzen Autorität auf die zum Zwecke seiner datio iudicii erforderliche Einigung der Parteien hinzuwirken. Gleich dieser kann aber deren angeblich erforderliche nachträgliche Vereinbarung, von dem erteilten iudicium Gebrauch zu machen, auf Hindernisse ge-

stoßen sein. Soll diese Vereinbarung zwar noch in iure erfolgt sein, aber zur Überwindung solcher Hindernisse der Prätor nicht mehr haben witwirken können?

Noch gilt es, einem Irrtum Lenels entgegenzutreten. Er sagt (S. 340), ich halte „es für undenkbar, daß es ganz im Belieben der Partei gelegen haben solle, von der erteilten Formel Gebrauch zu machen oder nicht". Wie er zu dieser Bemerkung kommt, verstehe ich nicht. Ich habe (S. 226) ausdrücklich betont: „nichts hinderte die Parteien, die durch die prätorische datio iudicii ermöglichte richterliche Entscheidung nicht herbeizuführen." Durch die datio iudicii ist das iudicium nicht als ein gegenwärtiges, sondern erst als ein zukünftiges oder nicht als ein solches gegeben, das schon existiert, sondern als ein solches, das sie herbeiführen können und durch dessen Herbeiführung allein noch der Kläger seine als Gegenstand sonstiger Geltendmachung nicht mehr existierende actio durchsetzen kann. Es ist dadurch nicht gegeben die wirkliche Entscheidung über diese vermittelst der bestimmten formula, aber die Möglichkeit solcher Entscheidung und die Unmöglichkeit jeder anders als durch deren Herbeiführung erfolgenden Geltendmachung der actio. Das iudicium unterscheidet sich aber von der datio iudicii dadurch, daß es nicht, wie diese, nur durch beide Parteien herbeigeführt werden kann. Ist durch diese noch nicht seine Herbeiführung, aber die Möglichkeit seiner Herbeiführung durch Handlung einer Partei gegeben, so bedarf es keiner Vereinbarung der Parteien über seine Herbeiführung. Tat keine Partei die dafür notwendigen Schritte (die wir nicht kennen), so unterblieb das iudicium, aber damit auch die auf anderem Wege nicht mehr mögliche Realisierung der actio; tat sie eine Partei, so erfolgte es mit oder ohne Mitwirkung der anderen, deren Mitwirkung sich durch Vertrag zu sichern jene keine Ursache hatte, da sie im Falle des Gegenteils nur um so mehr Aussicht auf ein ihr günstiges Urteil hatte.

Miszellen.

[Neue Urkunden.] I. Unter den Erscheinungen dieses Jahres ist zunächst der heuer begonnenen Publikation der Gießener Papyrussammlung zu gedenken; diese vor einigen Jahren begründete Sammlung ist dank einem günstigen Geschick rasch in den Besitz sehr wertvoller Urkunden gelangt. Nach einigen bereits früher sporadisch gegebenen Proben legen derzeit E. Kornemann, O. Eger und P. M. Meyer unter dem Titel „Griechische Papyri im Museum des Oberhessischen Geschichtsvereins zu Gießen", B. G. Teubner 1910, die beiden ersten Hefte des ersten Bandes einer offiziellen Publikation in vortrefflichen Transkriptionen und mit eingehenden, sehr wertvollen Kommentaren vor.

Unter den publizierten Papyri ist einer, dessen Bedeutung es rechtfertigt, mit Umgehung der Nummernordnung ihn in der Anzeige an die Spitze zu stellen; ich meine den Papyrus Nr. 40. Dieser enthält drei Erlasse Caracallas aus den Jahren 212 und 215, u. z. gleich als ersten das lang erhoffte Original der Constitutio Antonina de civitate, von dessen Entdeckung P. M. Meyer bereits im 29. Band dieser Zeitschrift vorläufige Mitteilung gemacht hat. Er erscheint auch in der Publikation als Editor und Kommentator; fügen wir gleich hinzu, daß sein Kommentar auch nach der juristischen Seite weitgehende Erwartungen befriedigt. In der Herstellung des teilweise, ja in der zweiten Hälfte sogar ganz lückenhaften Textes ist Meyer besonders von Wilcken unterstützt worden.

Die überlieferte Version enthält nicht den lateinischen Originaltext, sondern eine Übersetzung ins Griechische. Ich stelle zunächst den Wortlaut hierher:

[Αὐτοκράτωρ Καῖσαρ Μᾶ]ρκος· Αὐρήλι[ος Σεουῆρος] Ἀντωνῖνο[ς]
Σ[εβαστὸ]ς λέγει·
[Οὐδὲν εὐκταιότερον] ἢ μᾶλλον ἀν[αζητέον ἐστὶν ἢ τὰ]ς αἰτίας κ[α]ὶ
το[ὺς] λ[ιβ]έλλου[ς]
[. . . . . καὶ τοῖς θ]εοῖς τ[οῖς ἀγ[ιωτ]άτοις εὐχαριστήσαιμι, ὅτι
τι[ς] τοιαύτη[ς]
[χάριτος ἀφορμὴ νῦν ε]ἰς ἐμὲ συν[εχώ]ρησεν. Τοιγαροῦν νομίζω[ν
ο]ὕτω με-
5 *[γαλοπρεπῶς καὶ εὐσεβ]ῶς δύ[να]σθαι τῇ μεγαλει[ό]τητι αὐτῶν τὸ*
ἱκανὸν ποι-

[εῖν, εἰ τοὺς ξένους, ὁσ]άκις ἐὰν ὑ[π]ẹισέλθ[ωσ]ιν εἰς τοὺς ἐμοὺς ἀν[θρ]ώπους,
[εἰς .... τῶ]ṿ θεῶν συνεπενέγ[κοι]μι, δίδωμι τοῖ[ς σ]υνάπα-
[σιν ξένοις τοῖς κατὰ τ]ὴν οἰκουμένην π[ολιτ]είαν Ῥωμαίων, [μ]ẹ́νοντος
[παντὸς γένους πολιτευμ]άτων, χωρ[ὶς] τῶν [δεδ]ειτịκίων. Ὀφίλει [γ]ὰρ το
10 [........................] ... ṿ .. ν πάντα α[...]α ἤδη κ[α]ὶ τηνίκạ ἐνπερισι-
[........................ πρ]ᾶγμα ọ̔[μ]ạλῶς εἰ[ς τὴν] μεγαλειότητα [το]ῦ Ῥωμα[ί]-
[ων δήμου ....] . περὶ τοὺς [...] υς γεγενῆσθαι. Ὑπὲρ δẹ̀
[........................ τῶν κα]ṭαλειφ[θέντων .....] ọ̔ν τῶ[ν ἑ]κάστης
[χώρας? ....]η τω[....... .....] ọς [.....
15 [ ] θη [
[ ] ọλω [

Die Ergänzungen des Herausgebers dürften, wenngleich das einzelne natürlich nicht zweifelsfrei ist, im wesentlichen den Sinn richtig treffen. Auch ist von dem stark phrasierten Eingang wenigstens der erste Satz durch Parallelen zu belegen; denn zu den Worten: ‚[οὐδὲν εὐκταιότερον] ἢ μᾶλλον ἀν[αζητέον ἐστὶν ἢ τὰ]ς αἰτίας κ[α]ὶ το[ὺς] λ[ιβ]έλλους [hierauf vielleicht nach Meyer: *ὁλικῶς ἐκκόπτειν*]‘, möchte ich verweisen auf C. Th. 8, 17, 3 ‚Nemo post haec a nobis ius liberorum petat, quod simul hac lege detulimus‘: die Tendenz, die Bittgesuche um Privilegien, denn das dürfte mit *αἰτίαι*[1]) *καὶ λιβέλλοι* gemeint sein, überflüssig zu machen, wird beidemal in den Vordergrund gerückt; vgl. auch die schon von Meyer angef. Worte der Nov. 78 c. 5: *τὸ τῆς Ῥωμαικῆς πολιτείας πρότερον παρ' ἑκάστου τῶν ὑπηκόων αἰτούμενον.* — Die Hauptsache bleibt natürlich, den eigentlichen Tenor des Edikts festzustellen, und dies hat der Herausgeber sicher richtig getan; denn an den Ergänzungen zu l. 9, insbesondere von *[δεδ]ειτικίων* kann nicht gezweifelt werden.

Hier ist es nun von größter Bedeutung, wenn wir jetzt erfahren, daß die Dediticii als solche von der Bürgerrechtsverleihung ausgeschlossen waren. Daß diese keine allgemeine, sondern auf die Angehörigen organisierter Gemeinden beschränkt war, hatte man ja schon längst angenommen (vgl. z. B. Mommsen Hist. Schr. 2. 418f., der speziell für Ägypten an eine Beschränkung auf die Alexandriner dachte). Der jetzt vorliegende Wortlaut läßt die Sache aber doch in einem neuen

[1]) *Αἰτία* ist dabei freilich ein sonderbarer Ausdruck. Meyer versteht es als querela; das müßten wohl Beschwerden über den Mangel der Zivität sein. Liegt etwa ein Schreibfehler für *αἰτήσεις* vor? Vgl. *αἰτούμενον* in Nov. 78 c. 5 cit.

Licht erscheinen. Er gibt aber zugleich Anlaß, den bisher wenig verstandenen Begriff der Dediticier richtig zu fassen. Man hat diese Personenklasse, von der sowohl die juristischen, als die literarischen Quellen nur selten reden, meist als eine wenig bedeutsame, aus den Angehörigen weniger besonders zurückgesetzter Nationen bestehende aufgefaßt. P. Meyer hat in Anlehnung an frühere eigene Forschungen m. E. richtig gezeigt, daß der Begriff des Dediticius genau so weit reicht, als die Unterwerfung unter das tributum capitis, und diese gilt z. B. in den orientalischen Provinzen schon seit der Diadochenzeit für die gesamte nichtgriechische Bevölkerung und ist dann auch von den Römern beibehalten worden; sie gilt ferner für Afrika, Britannien, Judäa, vorbehaltlich bestimmter Exemtionen. Daß also insbesondere die bäuerliche Bevölkerung solcher Provinzen auch nach Caracalla von der Zivität ausgeschlossen geblieben ist, wird man jetzt als feststehend betrachten können[1]), ebenso anzunehmen haben, daß in Ulp. D. 1, 5, 17 der ursprüngliche Wortlaut etwa gewesen sein wird: [Exceptis dediticiis] in orbe Romano qui sunt, ex. c. imp. Ant. cives R. effecti sunt. Die überaus interessante Frage, wie lange diese Restriktion gedauert hat, tritt nunmehr deutlicher in den Vordergrund und wird besonderer Untersuchungen bedürfen. Justinian, in dessen Rechtsbüchern sie sicher nicht mehr anerkannt ist, spricht gelegentlich (C. J. 7, 5, 1; 7, 6, 1 pr.) so, als sei sie vor seiner Zeit in Vergessenheit geraten und nach 7, 6, 1 pr. hat es sogar fast den Anschein, als ob das, was er besonderer Aufhebung noch bedürftig findet, nur die besondere Qualität der liberti dediticii (und Latini) wäre. Indessen ist dies letztere doch keineswegs sicher, wie denn Voigt R. G. 3, 12 behauptet, daß Justinian in C. 7, 5, 1 die Deditizierqualität der im Reich angesiedelten barbari und laeti beseitigt habe.

Das Datum des Erlasses ist nicht erhalten. Nur in dem gleich zu besprechenden zweiten Edikte finden wir die Proposition in Rom auf den 11. Juli 212 datiert. Daß die Constitutio Antonina älter sein muß, ist damit noch nicht notwendig gegeben, so wahrscheinlich es sein mag, daß sie sehr bald nach der Ermordung Getas erlassen ist. Letzterem widerspricht es auch nicht, daß, worauf ich in dieser Zeitschrift 27, 382 (zustimmend Wilcken Arch. 4, 549 A. 1) hingewiesen habe, dem Londoner P. 3 Nr. 1164 (p. 154 f.) von ihr noch nichts bekannt ist; denn das jüngste in ihm erhaltene Datum ist der 24. April 212 (p. 166 k Z 3), und daß man um diese Zeit von einer etwa kurz vorher in Rom erlassenen Verordnung in Antinoupolis noch nicht unterrichtet war, wenigstens nicht offiziell, ist ganz natürlich.

Der Inhalt des zweiten Edikts geht auf nähere Anordnungen bezüglich des allgemeinen Amnestieerlasses, den Caracalla unmittelbar nach der Ermordung des Geta verfügt hat (Cassius Dio 77, 3). Wie P. Meyer richtig erkannt hat, haben wir hier (in griechischer Über-

---

[1]) In C. J. 5, 5, 2 ist mit den ‚qui sub dicione Romani nominis sint' noch deutlich auf die dediticii angespielt.

setzung) die Vorlage zu C. J. 10, 61 (59) 1 und Ulp. D. 50, 2, 3, 1; sie ist besonders im Kodex wenig verändert; nur ist daselbst der historische Anlaß übertüncht und aus dem präteritalen ‚τοῖς κατέχειν . . . τὰς πολιτικὰς τιμὰς καὶ . . . συνηγορίας πρὸς χρόνον κωλυθεῖσι‘ ein ‚quibus posthac ordine vel advocationibus ad tempus interdicetur‘ geworden, eine Interpolationsmethode, die sich wohl öfter wird nachweisen lassen. Beachtenswert ist endlich die Doppelproposition des Edikts: προετέθη πρὸ ε Εἰδῶν Ἰουλίων δυσὶ Ἄσπροις ὑπάτοις (11. Juli 212) . . . ἐν δὲ Ἀλεξανδρείᾳ . . . κα (ἔτους) Μεχεὶρ ις (10. Februar 213); damit bestätigt sich die Annahme, die ich (Zusatz zu P. Straßb. 1 p. 85) über die Verschiedenheit des Propositionsdatums des identischen Reskripts in BGU. 267 und Straßb. 22 mit Reserve vorgeschlagen habe, nämlich daß das eine Mal die römische, das andere Mal die alexandrinische Proposition gemeint ist.

Der letzte Erlaß endlich betrifft die Ausweisung der Ägypter aus Alexandrien; ausgenommen sind die suarii, navicularii, mancipes thermarum, und gewisse Fälle gerechtfertigten zeitweisen Aufenthalts. Sehr zutreffend verweist Wilcken hierzu auf Cassius Dio ep. 77, 23, 2 und den alexandrinischen Aufstand v. J. 215.

Von den übrigen Papyri der Gießener Ausgabe bietet gleich der von Kornemann unter Nr. 2 edierte griechische Ehevertrag v. J. 173 a. C. juristisches Interesse wegen des Umstandes, daß hier die Braut selbst es ist, welche die ἔκδοσις an den Mann vollzieht, und der Vater hierbei nur als κύριος erscheint, während sonst das ἐκδιδόναι eine Tätigkeit des Vaters ist (z. B. Oxy 496 cf. Eleph. 1). Ich bin jedoch wenig geneigt, diese Erscheinung mit dem Herausgeber aus einer „Beeinflussung durch den ägyptischen Landesbrauch mit seiner sehr freien Stellung der Frau“ zu erklären. Dazu ist mir der Kontrakt zu früh, abgesehen davon, wie weit man eine solche Einflußnahme überhaupt für wahrscheinlich hält. Eher möchte ich eine von Kornemann mitgeteilte Bemerkung von Th. Reinach für erwägenswert halten: die Leute sind Makedonier, und es könnte hier rein makedonisches Recht vorliegen, während in den übrigen griechischen Ehekontrakten andere griechische Stammeszugehörigkeit gegeben zu sein scheint (in Eleph. 1 ist die Braut aus Kos). Das würde auf die scharfe Ausprägung des Nationalitätsprinzips ein neues Licht werfen. Daß der makedonische Stamm in Ägypten lange Zeit eine privilegierte Stellung genossen hat, ist nicht neu (Schubart Arch. 5, 111—12); daß er auch sein Privatrecht rein erhalten hat, ist wohl möglich.

Nr. 4—7 enthalten die definitive Publikation der von Kornemann schon in Klio 8, 398ff. provisorisch veröffentlichten Pachtangebote auf Staatsland aus Heptakomia, denen wir Belehrung über ein wichtiges Edikt des Hadrian, betr. Pachtzinsnachlässe an minder ertragsfähigem Boden entnehmen. Die übrigen von Kornemann bearbeiteten Nummern sind mehr von allgemein historischer oder archäologischer Bedeutung; in juristische Fragen greift dagegen die von Eger edierte Nr. 8 ein, ein Unikum deshalb, weil hier anscheinend eine ἀπογραφή eines Grund-

stückes zum Grundbuch auf Grund eines *χειρόγραφον* vollzogen worden ist, während wir bisher geglaubt hatten, hierzu gehöre stets Erwerb durch *δημόσιος χρηματισμός*. Im Grunde genommen steht aber einer *ἀπογραφή* aus chirographischem Erwerb in unsern Quellen auch schwerlich etwas Entscheidendes entgegen, worauf ich in der Papyruschrestomathie zurückkommen werde.

Den in Nr. 34 vorliegenden Papyrus hat Eger bereits in Arch. 5, 137 f. mit Kommentar veröffentlicht. Es hatte eine Verhandlung vor dem *Ἀρχιδικαστής* stattgefunden, in welcher der Großvater eines minderjährigen Mädchens um Aufhebung von Exekutivmaßregeln gebeten hatte, die gegen das Kind von einem Gläubiger aus väterlicher Schuld erwirkt worden waren; es dürfte sich also um eine In Integrum restitutio handeln. Des weiteren hatte der *Ἀρχιδικαστής* die Ladung des Gegners verfügt, u. z. durch litterae ad magistratum, d. h. ein Schreiben an den Strategen seines Aufenthaltsortes, welches der Restitutionssucher dem Strategen überreicht. Das Wichtigste ist hierbei die Frage nach der Kompetenz des Archidikastes; Eger (Arch. 151 A. 5) ist geneigt, hier eine primäre Zuständigkeit desselben anzunehmen, die er wohl mit der sonstigen Tätigkeit dieses Beamten in Vollstreckungssachen in Zusammenhang bringt. Ich habe hiergegen Zweifel; nichts hindert, zu supponieren, daß das Restitutionsgesuch ursprünglich an den Präfekten gegangen war und der Archidikastes nur als dessen Delegatar funktioniert. Restitutionsbitte an den Präfekten mit Delegation (des *δικαιοδότης*) finden wir ja auch in BGU. 378.

Im zweiten Heft veröffentlicht P. Meyer einige griechische Übersetzungen demotischer Papyri. Zu Nr. 36 hat jedoch W. Schubart (Deutsche Lit. Zeit. 1910 Sp. 1313) Bedenken dagegen erhoben, daß Meyer diesen Text als aus einer Sammlung von Prozeßvergleichen herrührend bezeichnet; Schubart kann das entscheidende Wort *συγχ(ωρήσεως)* in Cod. II l. 7 nicht bestätigt finden und will nur einen privaten Vergleich anerkennen. Dies muß am Original entschieden werden; aber jedenfalls teile ich Schubarts Zweifel an M's Auffassung von Col. II 25, wonach dortselbst die Parteien sich entschlossen hätten, ein streitiges Grundstück zu teilen. Schubart hat seine abweichende Auffassung nicht näher dargelegt; ich möchte glauben, daß die Interlinearschrift *καὶ ὑμῖν ἐστιν* nicht, wie Meyer annimmt, eine Einschaltung, sondern die Andeutung einer Korrektur für *καὶ ὅ[τι]οῦν ἡμῖν* bedeuten und letztere zu streichen sind; es soll wohl den Gegnern die freie Hand über das Grundstück zugesichert werden. Eine Teilungsabrede läßt sich, auch wenn man alles beibehält, m. E. in dem Text nicht finden. — Beachtenswert ist die *γυνὴ τροφῖτις* in Nr. 37 l. 13, dazu die Anm. des Herausgebers.

Die Nr. 51 diagnostiziert Meyer als Fragment einer *συγχώρησις*-Urkunde, weil das Datum am Ende steht, was bei den übrigen Objektivurkunden nicht der Fall ist; während ein Cheirographon wieder durch die Nennung des Namens der Kontrahenten im Kontext ausgeschlossen sei. Da aber das allein zwingende Kennzeichen der

συγχώρησις, nämlich die Schlußformel ‚*ἀξιοῦμεν*‘ fehlt, ist es auch möglich, daß eine *ὑπογραφή* zu einer *διαγραφή* vorliegt: solche *ὑπογραφαί* werden am Schluß datiert (z. B. Lips. 3, 15; Amh. 96 u. a.). Die *ὑπογραφή* ist wohl von fremder Hand: die eigenhändige Parteiunterschrift stand wohl in lin. 25, 26; so auch Lips. cit.

II. Der siebente Band der Oxyrhynchospapyri ist wegen langdauernder Erkrankung B. P. Grenfells von Hunt allein gearbeitet worden. So schmerzlich wir Grenfells Namen das erstemal auf einer Oxforder Publikation vermissen, so darf doch ausgesprochen werden, daß am Wert der Ausgabe sich nichts geändert hat und daß es eine unbegründete Besorgnis Hunts ist, wenn er im Vorwort sagt: ‚the effects of his absence are, i fear, likely to be apparent to the readers of this book, not only in its somewhat reduced size.‘ Daß das Tempo der Publikation bei dem, wie wir hoffen wollen, nur zeitweisen Rücktritt eines der Herausgeber sich verzögern muß, wußten wir alle ebensogut, als daß ein Editor wie Hunt auch allein jeder Aufgabe gewachsen ist. — Das Schwergewicht des Bandes liegt diesmal allerdings auf dem literarischen Teil, der mehr als die Hälfte füllt. Von dem Rest hebe ich zwei Reskripte von Severus und Caracalla (1020) [auf die In Integrum Restitutio bezüglich] hervor; besondere Belehrung kann ich freilich aus ihnen nicht entnehmen. 1026 ist ein Schiedsspruch zweier Presbyter. Von großem Interesse für das Grundbuchsrecht erscheint 1027; leider läßt die fragmentarische Erhaltung die Sachlage nicht klar überschauen. Ein Gläubiger wendet sich in einer Eingabe an Beamte — wahrscheinlich die *βιβλιοφύλακες ἐγκτήσεων* — und berichtet: Er habe auf den Hausbesitz zweier ihm verschuldeter Brüder Pfändung (*ἐνεχυρασία*) erwirkt und wollte eben den Pfandzuschlag (*προσβολή*) durchsetzen, als der Vater seiner Schuldner sich an jene Beamten wandte, um diese Pfandvollstreckung zu verhindern dabei hat dieser Vater ein *ὑπόμνημα* überreicht ‚*δι᾽ οὗ ματαίως εἰσφορεῖ περί τε τοῦ ἀγνοεῖν α[ὐ]τὸν τὴν τῶν ἐμοὶ γε⟨γε⟩νη[μένων] ἀσφαλιῶν θέσιν καὶ ὅτι ὑπόκειται αὐτῶι* (hier hört der lesbare Text auf). Es bleibt uns Spielraum für Vermutungen; sie gehen dahin, daß der Vater sich auf seine Hypothek an den Häusern (*ὑπόκειται αὐτῶι*) und darauf stützt, daß er die Hypothek des Gläubigers nicht gekannt habe. Das läßt sich konjektural so zusammenreimen, daß die Hypothek des Vaters die jüngere war, aber in Unkenntnis des ersten Pfandrechts erworben wurde und darum diesem vorgehen soll. Dies wäre namentlich einleuchtend, wenn die Vermutungen über die Bedeutung der Eintragung in die Bibliothek sich bestätigen sollten, welche ich jüngst (Sitz.-Ber. der sächs. Ges. d. Wiss. 1910, 255f.) ausgesprochen habe, wonach eingetragene dingliche Rechte an den Buchobjekten den nicht eingetragenen vorgehen und wenn gleichzeitig die bezüglichen Voraussetzungen im gegebenen Fall zuträfen, d. h. die jüngere Hypothek eingetragen war, die ältere nicht. Ist dann das *περί τε τοῦ ἀγνοεῖν* etc. ernst zu nehmen, so ist die weitere Folgerung, daß dies nur zugunsten des gutgläubigen Buchberechtigten gilt. Aber da wir den Tatbestand nicht näher

kennen, muß all dies als bloße Möglichkeit bezeichnet werden; irgendeinen Beweiswert hat der Papyrus derzeit noch nicht, sondern kann ihn höchstens als Parallelstück in Zukunft erlangen, wenn besseres Material die jetzt noch ganz schwebenden Fragen bestimmt zu beantworten gestatten wird.

1030 zeigt uns die Phyleneinteilung, welche die städtische Organisation des Septimius Severus für die ägyptischen Gaumetropolen mit sich bringt, schon für das Jahr 212; bis jetzt war sie erst für das vierte Jahrhundert nachweisbar (vgl. meine Bem. Arch. f. Pap.-F. 2, 264).

1034 Anfang eines Testaments, 2. Jhd. p. C. Die Namen der Erben sind weggelassen und jeweils durch *τίς* ersetzt: *κληρονόμους καταλείπω τὴν θυγατέρα μού τινα καὶ τὸν σύντροφον αὐτῆς τινα καί τινα* usf. Wir haben für diese eigentümliche Sorte von Schriftstücken schon mehrere Belege: BGU. 88. 1024 S. 3 l. 11, S. 4 l. 1. 18 S. 6. l. 3 Oxy. 509; Lond. 3 p. 111 Col. 3. Die Natur solcher Aufzeichnungen ist gar nicht leicht zu bestimmen. Ich habe Lond. 3 p. 111 früher (diese Ztschr. 28, 381) als Formular bezeichnet, natürlich ein solches, das sich jemand unter Benutzung konkreter Vorlagen hergestellt hat, womit es sich immerhin vereinigen ließ, daß manche individuelle Angaben und selbst Namen aus der Vorlage beibehalten waren, auch daß die Aufzeichnung auf dem freien Teil eines effektiven Aktenstückes stand. Das gegenwärtige Stück und Oxy. 509 bieten aber so wenig Typisches, daß man nicht recht einsieht, wer sich solche Formularien angelegt haben sollte. Man kann denn auch an so verschiedenartige Zwecke der Weglassung des Namens denken, daß eine bestimmte Antwort nicht möglich ist.

III. Wie ich bereits im 30. Band S. 430 erwähnt habe, hat Jean Maspéro die Bearbeitung der im Museum zu Kairo befindlichen Papyri aus Aphrodito übernommen und legt davon, nach einzelnen schon im Jahr 1908 veröffentlichten Proben das erste Heft des ersten Bandes vor (Catalogue général des antiq. egypt. du musée du Caire Nr. 67001—67089; Pap. Grecs d'époque byzantine par Jean Maspéro II 1. Le Caire, imprim. de l'inst. franç. d'archéol. or. 1910). Es sind 88 Papyri des 6—7. Jhds., zum Teil von großem Umfang; die Publikation macht einen sehr guten Eindruck, wenn auch der Nacharbeit großer Spielraum gelassen ist, da noch manche Lücke der Ergänzung, manche auspunktierte Stelle der Entzifferung harrt. Hoffentlich wird letztere trotz der exzentrischen Plazierung dieser Urkunden in nicht ferner Zeit stattfinden können. Denn gleichgültig ist dieses neue Material keineswegs; es beansprucht sogar ungewöhnliches Interesse, weil eine so große Masse räumlich und zeitlich zusammengehöriger byzantinischer Urkunden sonst nicht zu finden ist. Sowohl für die Verwaltung, für die insbesondere die der *Ἀφροδίτης κώμη* verliehene *αὐτοπραγία* (Wilcken Arch. 5, 283) von Bedeutung ist, als für das justinianische Privat- und Prozeßrecht ergeben diese Papyri eine Fülle von Material. Freilich erwächst uns daraus auch eine Aufgabe; denn gerade der Boden des byzantinischen Privatrechts ist noch ein jungfräulicher; man hat ihn

meist nur als Endpunkt von Untersuchungen über das ältere Recht betreten, aber auch nur, um an dieser Stelle sofort ausruhen zu dürfen. Eine zusammenfassende Betrachtung des justinianischen Rechts als selbständigen Erkenntnisgegenstands ist ein dringendes Bedürfnis. Leider muß ich bekennen, daß ich in den wenigen Monaten, die seit dem Erscheinen von Maspéros Ausgabe verstrichen sind, noch nicht imstande gewesen bin, das neue Material, durch dessen Bearbeitung er sich um die Rechtswissenschaft ein großes Verdienst erworben hat, genügend durchzuarbeiten; das wird eines langen Studiums bedürfen.

Ich kann hier bloß auf Einzelheiten hinweisen, ohne dieselben auch nur entfernt erledigen zu können. Sehr viel wird für das Eherecht geboten; namentlich durch die Nrn. 67006 Verso. 67028, 67088. Die erste enthält einen großen, freilich rustikal geschriebenen und noch nicht durchwegs entzifferten Ehekontrakt. Es ist wegen der Lücken noch nicht alles einzelne verständlich. Im Anfang (l 7f.) wird gesagt: ‚*τῆς μνηστίας*[1]) *κατὰ νόμους συστάσης καὶ χιρολαβί[ου?] τ[ε?] συντ[αχθε]ντος μετα[ξὺ αὐτῶν ἀ]μφοτέρων καὶ ἀρραβόνος ἐπιτοθέντος ἐν ωτο (αὐτῷ?) χερωλαβείῳ πέφανε (πέφηνε?) τῳ . . . . ἅτε ἔτνα τα . . . . π[ράγ]ματα τὰ συνταχθ[έ]ν[τα ὑ]πὸ [αὐ]τῶν ἀμφοτέρων δίδ[οσθαι?] [α]ὐτο[ῖ]ς ἐν τῷ κερας (γέρας?) τῶν γάμων.*‘ Gemeint dürfte sein, daß, als die Verlobung stattgefunden hat, eine Arrha sponsalicia gegeben wurde und diese jetzt in die Hochzeitsgaben eingerechnet wird. *Χιρολάβιον* könnte wohl die „Handnahme“ bei der Verlobung sein, wie Tertullian (de velandis virgin. c. 10) die Verlobten als ‚per osculum et dextras‘ vereinigt bezeichnet. Die *ἕδνα* spielen in den Aphroditopapyri eine beträchtliche Rolle, und können mit der auch hier gelegentlich genannten *πρὸ γάμου δωρεά* identisch sein. Sie werden, da der Bräutigam *ὑπεξούσιος* ist von seinem Vater gegeben, der auch für seinen Sohn die Frau nimmt[2]) (l. 14: *ἠγάγετ' ὁ προειρημένος . . . Βίκτωρ τῷ προιριμένῳ ὑπεξουσίῳ αὐτοῦ υἱῷ Ἀφοῦτι νυμφίῳ τὴν προηριμέν[ην];* daneben erhält dieser Sohn (l. 35f.) noch eine Geldausstattung, größtenteils aus den *ἕδνα*, welche sein Vater seiner verstorbenen Frau und Mutter dieses Sohnes ausgesetzt hatte. Nachdem dann auch noch die Braut ihre Mitgift erhalten hat (nach l. 78 scheint es fast, daß diese ihr gegeben wird, vgl. übrigens l. 111f.), heißt es zum Schluß l. 117f. (ich vollziehe gleich selbstverständliche Verbesserungen: *Ἔδοξεν δὲ καὶ συνήρεσεν τοῖς μέρεσιν, ἕπεσθαι τῇ θείᾳ διατάξει τῇ περικα⟨νο⟩νικῇ (?) ἐμφωνηθείσῃ οὕτως, ὡς εἰ συνβ[αί]η ọụṿ . ρατιη* (ich schlage vor: *ὅπερ ἀπῇ*) *καὶ μὴ γένοιτο, προτελευτᾶν τοῦ ἀνδρὸς τὴν νύμφην, παίδ[ων] μὲ⟨ν⟩ ὑπό[ν]των [ἢ καὶ] ἑ[νὸς παι]δ[ὸς ὑπό]ντος, [ἐπὶ τῷ] τὸν ἄνδρα πρὸ τῆς ẹ[. . . . ? . . . .], τέκνων δὲ μὴ ὄντων ἢ καὶ ἑνὸς τέκνου μὴ ὄντ[ος], ἐπὶ τῷ τὸν ἄνδρα ἀποκ[ερ]δάνα[ι] μόνα* . . . . Die Lücken sind sehr zu beklagen; man sieht nur, daß beim Vorhandensein auch nur eines Kindes diesem etwas (wahrschein-

---

[1]) Vgl. *μνηστεύειν* in P. Flor. 86, 4. — [2]) Vgl. Flor. 86, 9, wo der Vater des Ehemannes sagt: *τοὺς παῖδας συνέζευξα.*

lich nach Nov. 98 c. 1 und dem in l. 125 folgenden) die lucra nuptialia vorbehalten bleiben soll, andernfalls der Mann etwas lukriert. Stirbt der Mann zuerst, so ist in l. 125f. das Recht vorhandener Kinder auf die lucra in wohlerhaltener Fassung ausgesprochen, bei Abhandensein solcher soll die Frau *ἀποκερδάναι ἅπαντα τὰ τῷ αὐτῆς ἀνδρὶ οἰκεῖα*, was eigentlich einen Erbvertrag bedeutet.

Nr. 67028 bezieht sich auf das Recht des Parens binubus. Es liegt ein, wie der Herausgeber annimmt, kaiserliches Reskript vor, das den Rechtssatz handhabt, wonach der binubus seinem zweiten Ehegatten nicht mehr zuwenden kann, als irgend ein Kind erster Ehe erhält. Dafür wird (l. 23f.) eine Verordnung von Leo (vom Herausgeber richtig als C. J. 5, 9, 6 erkannt) zitiert; der allein erhaltene Anfang derselben ist allerdings im Kodex nicht aufgenommen; er geht dahin: „(an sich) darf der zweiten Frau auf den Überlebensfall so viel zugewandt werden, als der ersten zugesagt war".

Nr. 67023 ist merkwürdig als Beispiel der Verpfändung eines Kindes (vgl. Just. Nov. 134 c. 7 und im ganzen Reichsrecht und Volksrecht 362—4). Außerdem finden wir hier die Formel *χωρὶς κυρίου ἀνδρὸς χρηματίζουσα* i. J. 569 gebraucht. Dadurch erhält die entsprechende Ergänzung Wilckens in BGU. 317 l. 4 eine Bestätigung.

67024—28 sind als kaiserliche Reskripte wichtig. 67005 bringt ein neues Zeugnis für die bekannte, stets umsonst verbotene Anwendung privater Gefängnisse gegen zahlungsunfähige Schuldner; da beklagt sich eine junge Witwe, daß sie wegen einer Schuld ihres verstorbenen Mannes, da sie dem Gläubiger nicht zu Willen sein wollte, gefangen gesetzt wurde: *παρέ[βαλέν (?) με ἐν τῇ] ἰδικῇ αὐτο[ῦ] φυλακῇ, παρασκευάσας ημερον (?) ἐμὲ βακλ̣ι̣σθῆναι καὶ πελματισθῆναι καὶ κρεμασθῆναι ἀγρίως εἰς [.]ο̣φον.* Ein solches Bild einer Folterkammer übertrifft alle Erwartungen; Stockprügel (*βακλισθῆναι* von baculum)[1], Sohlenkitzelung — so wird man vielleicht, die philologische Zulässigkeit vorausgesetzt, *πελματισθῆναι* besser auslegen als mit dem Herausgeber: Fußtritte — und Aufhängen. Nach mehrmonatlichen Qualen und verschiedenen nicht ganz verständlichen Wechselfällen ist das Weib freigelassen worden, aber ihr Kind blieb noch gefangen.

IV. Schließlich erwähne ich die Publikation eines Einzelpapyrus, der weniger durch seinen Inhalt als durch seine Form bedeutsam ist. Friedrich Zucker legt in den Sitz.-Ber. d. Berl. Akad. 1910, 710f. einen wahrscheinlich aus Theadelphia stammenden Papyrus vor, ein Schreiben des Statthalters Subatianus Aquila an den Strategen des *Ἀρσινοΐτης* (die *μερίς* wird sonderbarerweise nicht genannt), worin ihm die Entlassung eines Strafgefangenen nach verbüßter Strafe mitgeteilt wird; dieses Schreiben ist vom Statthalter unterfertigt (durch Beisetzung der Grußformel), sodann von einem Beamten, den Zucker für den *ὑπομνηματογράφος* hält, mit der Formel *ἀνέγνω[ν]* versehen; darauf folgt von

---

[1]) Schwerlich ist *βασανισθῆναι* zu verbessern, weil die einzelnen Akte der Tortur aufgezählt werden.



weiterer Hand die Jahresangabe und, wieder von der Hand des obigen Beamten, das Tagesdatum. Das ἀνέγνων hält der Herausgeber für den Beglaubigungsvermerk, entsprechend dem bekannten Recognovi lateinischer Reskripte, wohl mit Recht; daß auf andern Gebieten die Kollationierung behufs Beglaubigung der Echtheit mit προσαντιβάλλειν [1]) oder ἐπισκέψασθαι [2]) bezeichnet wird, steht nicht entgegen. — Daß endlich die Entlassung aus der Strafhaft nicht von den Strafvollzugsorganen, sondern vom Präses verfügt wird, ist begreiflich; Schwierigkeiten findet Zucker darin, daß die Mitteilung der ἀπόλυσις an den Strategen des Arsinoïtes geht, während Vollzugsort der Strafe Alabastron in Hermopolites ist. Meines Erachtens findet sich dafür eine genügende Erklärung, wenn man annimmt — wofür freilich das Schreiben keinen Anhalt bietet —, daß der Sträfling in Arsinoë seine ἰδία hatte. Es ist klar, daß die Verwaltungsbehörde dieser ἰδία von der Freilassung verständigt werden mußte, schon aus polizeilichen Gründen und auch deswegen, weil von nun an der Sträfling nach den Grundsätzen des damaligen Verwaltungsrechts zur Rückkehr in seine ἰδία verpflichtet war. — Über den in dem Schreiben l. 4 genannten διασημότατος Κλαύδιος Ἰουλιανός — von welchem das Strafurteil gefällt worden war — sind Untersuchungen von anderer Seite im Zuge.

Leipzig. Mitteis.

[Der Codex Theodosianus beim Mönch Angelomus (a. 851, 852).] Von der Kodifikation Theodosius II. gibt ein zeitgenössischer Bericht, die im Süden Frankreichs, etwa in Marseille geschriebene Chronik a. 452, mit den Worten Theodosianus liber omnium legum legitimorum principum in unum conlatarum hoc primum anno editus, zum 15. Regierungsjahr des Kaisers, Nachricht [3]), und seine Quelle liegt auch einer kurzen Notiz der Gallischen Chronik a. 511 (Theodosianus liber legum editus) zugrunde. [4]) Nicht hieraus ist jedoch in der Folgezeit allen denen, die die Lex Theodosii, die Theodosiana [5]), nicht schon aus der Beschäftigung mit dem Breviar und dem, was sich um dieses Gesetzbuch gruppierte, kannten, Belehrung zugeflossen: vielmehr schöpften die weiteren Kreise ihre Wissenschaft über das große Gesetzgebungswerk aus den Etymologien des Isidor, dessen von den hervorragenden Gesetzgebern handelnder Bericht (5, 1) mit Theodosius II. abschließt und, wie

---

[1]) So BGU. 970, 4; Oxy. 35 R. 10. — [2]) Z. B. Oxy. 34 II 67; Lips. 9, 2/1. — [3]) Ed. Mommsen, MG. Auctt. antt. IX (Chronica min. I) p. 660. Vgl. hierzu p. 617, 618, 619 und Mommsen, Theodos. I, 1, p. XI. — [4]) Ed. Mommsen, a. d. N. 1 a. O., p. 661. Vgl. hierzu p. 627 u. 628. — [5]) Ich habe bei Verwendung dieser Bezeichnung Cod. Paris. Lat. 4416 (N. 47 bei Haenel, Lex Romana Wisig. p. LXXV) im Auge, der sich ihrer in der Überschrift (Incipit prologus Theodosianae) eines Stückes bedient, das zum fünften Buch der Etymologien Isidors und zur Epitome Aegidii überleitet. Übrigens hat das Stück unmittelbar nichts mit Theodosius zu tun, sondern ist der bekannte Prolog zu germanischen Volksrechten (Ed. Merkel, MG. LL. III 257 seq.).

folgt, lautet (§ 7): postea Theodosius minor Augustus ad similitudinem Gregoriani et Hermogeniani Codicem factum constitutionum a Constantini temporibus sub proprio cuiusque imperatoris titulo disposuit, quem a suo nomine Theodosianum vocavit.[1]) Isidors Kunde ist dann auch in die Literatur der auf Isidor folgenden Jahrhunderte eingedrungen [2]) und mag auch die Quelle einer Erwähnung der gesetzgeberischen Tätigkeit des jüngeren Theodosius sein[3]), die sich, wie ich glaube, bis heute der Aufmerksamkeit des Juristen entzogen hat, indessen bei ihnen immerhin, sei es auch nur als Kuriosum, ein bescheidenes Interesse beanspruchen kann.

Es handelt sich um eine Äußerung in einem an Kaiser Lothar gerichteten Briefe des Benediktinermönchs Angelomus in Luxeuil aus den Jahren 851 oder 852.[4]) Der Brief sollte dem Kaiser als Trostschrift für den von ihm durch das Hinscheiden seiner Gemahlin (Irmingard) erlittenen Verlust dienen und ist im wesentlichen der von Lothar erbetenen allegorischen Auslegung des Hohen Liedes gewidmet. Was im besonderen die Erörterung anlangt, die die Erwähnung Theodosius II. enthält, so spitzt sie sich auf die an Lothar gerichtete Aufforderung zu, die Heilige Schrift zum Gegenstande eigner Studien zu machen und die Höhe des göttlichen Gesetzes zu gewinnen, um selbst zu größerer Tugend aufzusteigen und andere auf den Weg der Gerechtigkeit zu führen.[5]) Heißt es, daß Lothar sich um so mehr, um so eher (Quanto

---

[1]) Die Annahme liegt nahe, daß Isidor seine Angaben auf Kenntnis des Breviars, des Gesetzbuchs seines Landes, gründet (so Conrat [Cohn], Geschichte der Quellen I 97): da letztere indessen offensichtlich unter Benutzung einer dem Breviar fremden Konstitution des Codex Theodosianus (1, 1, 5 Ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicis cunctas colligi constitutiones decernimus, quas Constantinus inclitus et post eum divi principes nosque tulimus . .) abgefaßt sind, müßte in das dem Isidor vorliegende Exemplar das Gesetz eingeschaltet gewesen sein, was gar nicht unmöglich ist, da die Interpretation zum Zitiergesetz (1, 4, 1) darauf Bezug nimmt. Nach Zeumer, Neues Archiv d. Ges. für ält. d. Geschichtsk. XXIII 480, schöpfte Isidor aus einer älteren Darstellung: das Breviar könne er darum nicht benutzt haben, weil er andernfalls der Novellen gedacht haben würde. Letztere Begründung hält schwerlich Stich. — [2]) Vgl. näheres a. d. vorige Note a. O. (Conrat [Cohn]) I 97 und 98. — [3]) Auf Theodosius I. geht, in der gegen Ende des 7. Jahrhunderts verfaßten unter dem Namen des Fredegar bekannten französischen Chronik die folgende Notiz: undecimo anno Theudosius regni sui (a. 389) Romam cum filio Honorio ingressus est, legisque Romanorum integra emendacione ededit (Ed. Mommsen, a. d. Note 1 a. O. XI [Chronica min. II] p. 15). Hier ist somit Theodosius der Große als Gesetzgeber großen Stils charakterisiert. Erwägt man, daß sich die bezüglichen Worte (legisque — ededit) in der im übrigen benutzten Quelle, der Chronik des Hydatius, nicht finden, so liegt die Annahme nahe, daß sie sich auf Theodosius II. beziehen (etwa auf Grund der im Texte mitgeteilten Überlieferungen der Chroniken) und nur an falscher Stelle eingefügt worden sind. Vgl. auch Gothofredus, Cod. Theod. I CCXII (Ed. 1736). — [4]) Ed. MG. Epistolae V 625 seq. (sub N. 7). Die in den folgenden Noten und folg. S. a. a. Texte finden sich p. 629. Die Erörterung beginnt mit den folg. S. a. a. Sätzen, denen sich Note 3 und, zum Schluß, Note 2 anschließen. — [5]) . . quanto magis, o mitissime princeps, debes propriis studiis sacratarum scripturarum auctoritatem iugi meditatione percurrere et

magis) dieser Aufgabe unterziehen müsse, so wird dies in dem Sinne zu verstehen sein, daß Theodosius, von dem, wie sofort zu erörtern ist, bis dahin die Rede war, nach Abschluß seiner säkularen Tätigkeiten erst durch eine himmlische Kundgebung, die trotz der damit verbundenen Beglückwünschung doch den Charakter einer Mahnung trägt, auf das unausgesetzte Studium der Bibel, des Liber legis, gewiesen werden mußte.[1,2]) Die säkularen Beschäftigungen des Kaisers aber werden, wie folgt, gezeichnet:

Si enim Theodosius imperator in imperio natus et educatus, tantae excellentiae extitit, ut singularem totius orbis monarchiam obtineret, Prisciani grammatici, Romanae eloquentiae decoris, librum dissertudine mira dissertissimum, calcetenus teneris digitulis propriisque articulis describere curaret, atque ex eius precio distractoque commertio despectis imperialibus dapibus vivere semper consueverat, et tanto studio viguit, ut iugi meditatione et propria descriptione legem Romanam divinitus inspiratam describeret, et mores Romanorum distortos mucrone quodammodo legis ad normam rectitudinis corrigeret atque a sua duritia coherceret.

Zweierlei wird danach von dem im Purpur geborenen Theodosius ausgesagt: einmal daß er das Meisterwerk des Priscian eigenhändig abschreibt und, unter Verachtung der kaiserlichen Tafel, aus dem von dem Verkauf seiner Schreiberarbeit gemachten Erlös seinen Unterhalt bestritt. Und zweitens, daß er die von Gott inspirierte Lex Romana studierte und eigenhändig abschrieb und die verschrobenen Sitten der Römer gleichsam mit der Schneide des Gesetzes auf die Norm der Gerechtigkeit zurückführte und von ihrer Härte befreite. Daß der

---

altitudinem divinae legis velut quodammodo montem appetere, ut doctrina spiritali instructus, et te sagaciter ad altiora virtutum provehere, et alios ad tramitem rectitudinis provocare valeas.

[1]) .. adeo ut his expletis angelica salpix nocturna visione celitus ei intonuit et per oroma somnii gratuladno vocem extulit dicens: 'Liber, inquit, legis non recedat de ore tuo, meditare in eo die ac nocte. Der zitierte Bibeltext ist Josue 1, 8 (nicht Psalm 1, 2, wie Ed. MG. annimmt) und lautet in der Version der Vulgata: non recedat volumen legis huius ab ore tuo: sed meditaberis in eo diebus ac noctibus. — [2]) Versteht man den Liber legis von dem Theodosischen Gesetzbuch, so käme man zu der Auffassung, daß Theodosius vielmehr zur fortdauernden Beschäftigung mit dem Codex Theodosianus angespornt wird. Indessen ist diese Auslegung unstatthaft, da sich nicht denken läßt, daß nach der Anschauung des Mönches eine Kundgebung dieses Inhalts von einer Engelsstimme ausgeht, ganz abgesehen davon, daß der Schriftsteller durchblicken läßt, daß die säkulare Arbeit abgetan ist (his expletis). Es will auch nicht einleuchten, daß Angelomus durch Auffassung des Liber legis als weltliches Gesetzbuch sich dazu entschließen konnte, von einem Bibeltext, dessen Verständnis ihm natürlich nicht entgehen konnte, einen geradezu witzigen Gebrauch zu machen, und daß er den Text anders verwertete, als seine Quelle (vgl. oben). Daß der Codex Theodosianus in Handschriften vielfach als Liber legum bezeichnet wird, kann unter diesen Umständen für die hier abgelehnte Auffassung nicht in Betracht kommen.

Schriftsteller hiermit des Theodosius kodifikatorische Tätigkeit bezeichnen will, kann, so scheint mir, keinem Zweifel unterliegen.[1])

Das Märchen, das hier von Theodosius Bemühungen um den Grammatiker Priscian, der in Wahrheit erst zur Zeit des Kaisers Anastasius seine Institutiones grammaticae schrieb, erzählt wird, findet sich bereits in einem Briefe des Angelsachsen Aldhelmus († 709) und hat Angelomus gewiß daraus entlehnt.[2]) Es schließt bei Aldhelmus, wie bei unserem Autor, mit der in ein Bibelwort (Josue 1, 8) gekleideten Mahnung zur Beschäftigung mit der Heiligen Schrift, dem Liber legis, ab. Von des Kaisers Bemühungen um die Lex Romana weiß indessen Aldhelmus nichts zu erzählen, so daß man annehmen darf, daß die Erwähnung dieses Sachverhalts von dem Verfasser des Briefes an Kaiser Lothar herrührt.

Heidelberg, den 2. März 1910. Max Conrat (Cohn).

[Testament, Adoption und Schenkung auf den Todesfall.] In den Darstellungen des griechischen Testamentes scheint mir eine Platostelle übersehen, die sich in der Einleitung zu den eignen Anordnungen des Philosophen in den Gesetzen (XI 922 d) findet. Plato tadelt dort die „alten Gesetzgeber" *(πάλαι νομοθετοῦντες)* als kurzsichtig, weil sie in allzugroßer Nachgiebigkeit gegen die Wünsche der Menschen angesichts des Todes, die je nach dem Verhalten ihrer Umgebung dem einen mehr, dem anderen weniger zuwenden wollten, völlig freie letztwillige Verfügung gestattet hätten *(ἐξεῖναι τὰ ἑαυτοῦ διατίθεσθαι ἁπλῶς ὅπως ἄν τις ἐθέλῃ τὸ παράπαν)*. Demgegenüber will er in seinen Verordnungen die Rechte des *γένος* zur Geltung bringen und der Erbschleicherei vorbeugen. Wen meint er nun mit den „alten Gesetzgebern"? Athen und Solon kann er unmöglich im Auge haben, denn dieser hatte beide Gesichtspunkte nicht minder berücksichtigt als er selbst. Plato muß also anderwärts solche alte Gesetze kennen gelernt haben. Wo und welche, bleibt ungewiß. Doch legen seine sizilischen Reisen den Gedanken an Charondas und Zaleukos nahe. Wie immer, das *πάλαι* verbietet, unter das Jahr 600 herabzugehen. Erfüllten jene Gesetzgeber aber den Wunsch der todesnahen Menschen *δοῦναί τε ὅτῳ ἂν ἐθέλω καὶ μή, καὶ τῷ μὲν πλείω, τῷ δ' ἐλάττονα* und zwar ohne Rücksicht auf das

[1]) Die Charakterisierung weltlicher Gesetze als von Gott inspiriert entspricht der Rede- und Anschauungsweise seiner Zeitgenossen: vgl. z. B. Interr. XXI der Schrift Hinkmars De divortio Lotharii et Tetbergae (Ed. Migne [Patrol. Lat.] 125, 738) Sic et leges Christianae sunt inspirante Domino conditae. — [2]) Hierauf ist in Ed. MG. ad h. l. (p. 629) hingewiesen. Die Stelle, in dem Brief Ad Acircium, steht p. 328 der Ed. Giles (Opera Aldhelmi). Sie erzählt die Geschichte noch ein wenig breiter und mit einzelnen Details und gewährt den Schlüssel zu ihrem Ursprung, indem sie einer die Abfassung einer Handschrift des Priscian durch den Kaiser bezeugenden Unterschrift eines Manuskripts gedenkt. Dieser Annahme wird offenbar Verlesen der Unterschrift in einem Kodex zugrunde liegen. Vgl. Keil in Gramatt. latt. II p. VIII[23].



γένος, so ist klar, daß das nicht durch bloße testamentarische Adoption sondern nur in Verbindung mit dem Legatentestamente geschehen konnte. Nach Plato also, dem man weder Verständnis noch Interesse absprechen wird, bestand dieses irgendwo in Griechenland, vielleicht in Großgriechenland, schon um 600 v. Chr. Und daraus ergibt sich zugleich, was von dem neuerlichen Versuche zu halten ist (Bruck, Verfügungen von Todes wegen S. 14f.), in dem bekannten Solonischen Gesetze das τὰ ἑαυτοῦ διαθέσθαι anzuzweifeln — es wird zum Überfluß durch den Eingang des Intestaterbgesetzes bestätigt — oder seinen Sinn auf die Adoption unter Lebenden zu beschränken. Kennt das Gortynische Stadtrecht das Testament, auch in Form der testamentarischen Adoption, noch nicht, so beweist das für Solon gar nichts. Wenn, wie es nach dem Vorhergehenden den Anschein hat, das Testament von Westen her in Griechenland Eingang gefunden hat, so wäre es im Gegenteil sehr natürlich, daß in dieser Hinsicht das abgelegene Gortyn um ein Erhebliches hinter Athen zurückblieb. Es ist auch schon von Rabel in dieser Zeitschrift XXX 468 sehr mit Recht hervorgehoben worden, daß der Solonische Ausdruck τὰ ἑαυτοῦ διαθέσθαι an sich vermögensrechtliche Verfügungen von Todes wegen bedeuten muß. So ist er auch im ganzen Altertum verstanden worden, vgl. Berl. Phil. Woch. 1910, 371.

Ebensowenig kann ich mich mit der juristischen Behandlung der Xuthias-Urkunden (Recueil II 60) bei Bruck, Schenkung auf den Todesfall S. 43f. — trotz der ihr hier XXX 466 zuteil gewordenen besonderen Anerkennung — einverstanden erklären, wenn sie als „Hinterlegungsbescheinigung über einen . . . Verwahrungsvertrag zugunsten dritter Personen" aufgefaßt werden. Sie sind zunächst ein zweiseitiger Verwahrungsvertrag, weiter nichts. Daß die Absicht von vornherein dahin ginge, dritten Personen eine Zuwendung zu machen, ist durch die Worte αὐτὸς ἀνελέσθω ausgeschlossen. In diesen zweiseitigen Vertrag sind dann allerdings für den Todesfall Bestimmungen zugunsten Dritter aufgenommen, aber diese Verordnungen sind bezüglich der Empfänger offenbar einseitig, sie erzeugen auch nicht sofort rechtliche Wirkungen in Gestalt eines durch den Tod des Xuthias bedingten Rechtes der Bedachten. Denn wenn dieser das hinterlegte Geld selbst erhebt, ist der Vertrag endgültig gelöst. Es fehlen also die beiden Merkmale, die Bruck selbst S. 19 für die Schenkung auf den Todesfall auf Grund der romanistischen Doktrin aufgestellt hat. Dagegen treffen die des Vermächtnisses als eines einseitigen Rechtsgeschäfts, das vor dem Tode des Erblassers noch keinerlei Rechtswirkungen hervorruft (vgl. Bruck selbst S. 46, 3), ohne weiteres zu. Fraglich kann nur sein, ob die vorgeschriebene Erbfolge gegenüber dem Gesetze von Tegea willkürliche Abänderungen enthält. Zu entscheiden ist diese Frage nicht, die genauen Bestimmungen der zweiten Urkunde gegenüber den allgemeinen der ersten aber sprechen eher dafür. Die Bezeichnung als „eine suspensiv bedingte Schenkung unter Lebenden auf den Todesfall" (Bruck S. 45) ist danach unzutreffend, richtig dagegen die des Recueil

als dépôt-testament, vgl. Guiraud, propr. fonc. 252. Wir haben in den Urkunden (V. Jahrh.) wohl das älteste erhaltene Beispiel eines Vermächtnistestaments.

Natürlich war diese romanistische Unterscheidung den Griechen selbst fremd (Bruck S. 109), es mag indessen immerhin zur Klärung beitragen, wenn sie auch auf griechische Verhältnisse angewandt wird. Aber, wie das vorliegende Beispiel zeigt, hat das seine erheblichen Gefahren (Bruck S. 20). Der auf die Theorie gerichtete Sinn, in diesem Falle das Bestreben, die Schenkung auf den Todesfall nachzuweisen, trübt den Blick für die einfache und sachgemäße Auffassung der Texte, die doch der Ausgangspunkt der Forschung bleiben muß. Mag es darum uns Philologen nicht verdacht werden, wenn wir, so sehr wir uns der kräftigen Mitarbeit der Juristen freuen, darüber wachen. So z. B. auch, wenn wir uns weigern anzuerkennen, daß die Adoption schon in der Ilias (IX 494) vorkomme (Bruck, Schenkung S. 11f., Verfügungen S. 6) vgl. Berl. Phil. Woch. 1910, 372.

Den Fall der Schenkung auf den Todesfall Od. XVII 78 hatten ja die römischen Juristen schon gefunden. Er sieht wirklich recht primitiv aus, und wenn davon behauptet wurde (Bruck, Schenkung S. 6): „Die Schenkung von Todes wegen tritt uns ... schon fix und fertig entgegen. Sie muß aber — das ist wohl ohne weiteres anzunehmen — bereits eine längere Entwickelung in der quellenlosen Zeit hinter sich haben", so mußte ich bekennen, daß ich mir diese nicht recht vorstellen könne. Darauf erhalte ich jetzt (Verfügungen S. 5) die Belehrung, daß eine längere Entwickelung vom Familieneigentum zum Individualeigentum eine „durch die vergleichende Rechtswissenschaft erwiesene, heute wohl nirgends mehr bezweifelte Tatsache" sei. Soll ich diese etwa angezweifelt haben? Sie liegt vor der Ilias, die homerischen Helden schenken nach Belieben! Sie hat aber mit der Schenkung auf den Todesfall nur mittelbar zu schaffen. Diese Entwickelung ist auch in obigem Zitat nach dem Wortlaut gar nicht gemeint gewesen. Von einer besonderen Entwickelung der Schenkung auf den Todesfall sehe ich auch jetzt bei Bruck nichts — außer einem Sätzchen, wo es heißt, die Schenkung erfolge „obendrein an eine nicht verwandte Person". Sollte das vielleicht bedeuten, die Theorie erheische entwickelungsgemäß zunächst den Fall der Schenkung an eine verwandte Person? Jawohl die Theorie!

Sie spielt auch in der Frage nach dem Ursprung des Legatentestaments eine Rolle, insofern sie zwischen Adoptions- und Legatentestament einen unüberwindlichen Wesensunterschied aufrichtet, obwohl die Brücke in der Solonischen Bestimmnng über die Töchter deutlich zutage liegt, die bei mehreren Töchtern Verheiratung der einen mit dem testamentarischen Adoptivsohn und daneben letztwillige Verfügungen zugunsten der andern an die Hand gab. Daraus, denke ich, entwickelte sich gewohnheitsrechtlich die Sitte, den Adoptivsohn auch sonst auf einen Teil der Erbschaft zu beschränken — sogar auf ein Dritteil bei Isaeus V 6 — und den Rest durch Legate zu vergeben,

ein Brauch, gegen den Plat. Leg. XI 924a Stellung nimmt, indem er die Höhe der Legate auf den zehnten Teil des Zuerworbenen (τῆς ἐπικτήτου) festsetzt, um bei dem Adoptivsohn keinen Stachel zu hinterlassen (ἄμεμπτος ὕἱεων υἱὸν αὐτὸν ποιείσθω). So kam man schließlich dazu auch bei Vorhandensein von Leibeserben anderen Personen Legate auszusetzen. Ob freilich die letztwilligen Verfügungen zugunsten der weiteren Töchter bereits „echte Legate" waren, weiß ich nicht, bin aber der Meinung, daß solche Unterscheidungen für die Solonische Zeit müßig sind, bin auch ganz zufrieden, mit meinem Widerspruch bei Rabel (diese Zeitschr. XXX 474) soweit Eindruck gemacht zu haben, daß er sich „grundsätzlich" gegen die „gänzliche Leugnung einer Mitwirkung des a potiori sogenannten Adoptionstestaments bei Ausbildung des Vermächtnistestaments" erklärt. Der Vorwurf (ebd. 469), daß ich „sehr irre", drückt mich also nicht.

So scheint mir die Entwickelung in Athen vor sich gegangen zu sein. Für den Wirkungsbereich der „alten Gesetzgeber" der eingangs erwähnten Platostelle, die bereits völlige Testierfreiheit gestatteten, verliert sich der Ursprung des Testamentes allerdings in völliges Dunkel.

Breslau. Th. Thalheim.

[Die Herkunft von § 2 I. 1. 1.] — incipientibus nobis exponere iura populi Romani ita maxime videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur. Alioquin si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus, duorum alterum aut desertorem studiorum efficiemus aut cum magno labore eius, saepe etiam cum diffidentia, quae plerumque iuvenes avertit, serius ad id perducamus, ad quod leniore via ductus sine magno labore et sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset (nach Krüger).

Ob diese Worte byzantinischen Ursprungs sind oder aus einem der von Dorotheus und Theophilus verarbeiteten klassischen Institutionenwerke stammen und aus welchem, darüber ist eine Fehde zwischen Zocco-Rosa und Kübler entstanden. Kübler, der früher byzantinischen Ursprung annahm, erklärt sie jetzt für gajisch und beruft sich, von Zocco-Rosa angegriffen, mit Recht darauf, daß das einfache ab initio von den Juristen insgesamt 100 mal, statim ab initio dagegen nur von Gaius und zwar 12 mal angewandt wird (Zeitschrift 30, 435). Noch ein anderer, bereits von Kübler erwähnter Umstand spricht für ihn: die treuherzige Wendung duorum alterum aut — aut. Sie kommt, wie ich feststellte, in den Digesten und den außerjustinianischen Quellen nur vor bei Gaius in l. 73 § 1 D. 35, 2 (ut duorum alterum fiat, aut ita ratio habeatur, tamquam pure debeatur, aut ita, tamquam nihil debeatur). Wenn zwei eigentümliche, bei keinem anderen juristischen Schriftsteller außer Gaius nachweisbare Redeweisen in einem und dem-

selben Abschnitt zusammentreffen, wird man diesen mit einer an Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit Gaius zuweisen dürfen. Er ist die in der Veroneser Handschrift fehlende Vorrede, die die Methode ausdrücklich nennt, deren Befolgung im Lehrbuch selbst schon früher erkannt war (Beispiele: mancipatio I 113, I 119—123, hereditas II 34 bis 37, II 97—III 76, vindicatio und condictio II 79, 82?, IV 1—5). Im Sinne der Kompilation dagegen beziehen sich die Worte auf das Verhältnis der Institutionen zu den Pandekten. Die duplex interpretatio gilt auch hier.

Daß die Byzantiner, die die Schätze des Altertums sorglicher aufbewahrten als die Occidentalen, die besten Handschriften und bei mehreren vom Verfasser herrührenden Ausgaben desselben Werks nur die spätere geänderte („repetitae praelectionis") benutzten, würden wir auch ohne das Zeugnis der constitutio Cordi (§ 3) den Schülern von Beirut, der, wie l. 1 C. 10, 50 (49) zeigt, schon unter Diocletian angesehenen Rechtsfakultät, zutrauen können. So ist das Ergebnis auch für die Bewertung der Abweichungen des Digestentextes von den Vaticana und dem westgotischen Paulus von Bedeutung. Nicht Voreingenommenheit gegen jedwede justinianische Überlieferung, der Quell so vieler leichtfertiger Verdächtigungen, sondern Besonnenheit und Zurückhaltung sind der Textkritik förderlich.

Charlottenburg. Richard Samter.

[Fideicommissum a debitore relictum im altarabischen Recht.] Eine dem römischen fideicommissum a debitore relictum[1]) analoge Rechtsbildung findet sich im altgriechischen Recht. Unter den hierher gehörigen Fällen[2]) ist besonders die inschriftlich erhaltene Schenkung des Xuthias in Tegea (5. Jhdt. v. Chr.)[3]) bemerkenswert. Xuthias hinterlegt Geld in einem Tempel und ordnet zugleich an, daß seine Angehörigen die Summe für den Fall seines Todes in einer bestimmten Reihenfolge erhalten sollen. Juristisch betrachtet schließt Xuthias mit der Verwahrungsstelle einen Verwahrungsvertrag zugunsten dritter Personen ab, im Verhältnis zu den dritten nimmt er eine Schenkung auf den Todesfall vor (und zwar nicht direkt, sondern unter Vermittelung der als Treuhänder fungierenden Verwahrungsstelle). Ganz ähnlich ist die dem attischen Rechte angehörende von Lysias (c. Diog. XXXII, 5—7) genau beschriebene Zuwendung des Diodotos an

---

[1]) Vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 1 ff., Rabel. diese Zeitschr. 30, 467. — [2]) Vgl. Bruck, Schenkung auf den Todesfall I (1909) S. 43 ff., 123 ff., 147 ff. Der dort gegebenen Beurteilung dieser Fälle haben bereits zugestimmt: Rabel a. a. O. S. 466, Hitzig, Zeitschr. f. d. ges. HR. 67 S. 334, Partsch, Zentr. Bl. f. Freiw. Gerichtsbkt. u. Not. 10 S. 778, wohl auch Erman, Zentr. Bl. f. RW. 1910 S. 131. — A. A. Thalheim, Berl. Phil. W. 1909 Sp. 879 (dagegen: Bruck, Zur Geschichte der Verfügungen von Todes wegen im altgriechischen Recht, 1909, S. 6 A. 1 und neuestens Arangio-Ruiz im Bull. dell' Ist. di dir. Rom. XXIII, S. 58 des Sonder-Abdr.). — [3]) Inscr. jur. gr. II p. 60.

Frau und Tochter aufzufassen. Der in den Krieg ziehende Diodotos übergibt dem Diogeiton Geld zur Aufbewahrung mit der Weisung, es im Falle seines (des Diodotos) Todes an Frau und Kinder auszuhändigen.

Genau dieselbe Rechtsfigur läßt sich nun — ebenso wie bekanntlich im germanischen[1]) — auch im altarabischen Rechte wiedererkennen. Sie findet sich in einer alten arabischen Novelle, die in dem „Buch der Schönheiten und der Gegensätze" des arabischen Schriftstellers al Ǵâḥiẓ[2]) überliefert ist.[3]) In der Novelle heißt es bald zu Anfang (nach Fraenkels Übersetzung S. 40): „In Basra lebte einst 'Amr, Sohn des 'Âmir ... in Ehe mit Ǵamîla. Der übergab einmal einem seiner Freunde, einem gottesfürchtigen Manne, tausend Denare mit den Worten: »Wenn mir etwas zustößt und du dann die Meinigen in Not findest, so übergib ihnen diese Summe«." Es wird dann ausführlich erzählt, wie der fromme Mann nach dem Tode 'Amrs nur unter der Bedingung zur Herausgabe bereit ist, daß die schöne Witwe ihm zuvor zu Willen sei, wie drei um Rechtshilfe angegangene Würdenträger nur unter der gleichen Bedingung in Aktion treten wollen und wie es Ǵamîla schließlich durch List gelingt, ihren Anspruch durchzusetzen. Was hierbei geschieht, ist für die rechtliche Beurteilung von Bedeutung. Ǵamîla lädt nämlich die drei Würdenträger und den frommen Mann kurz nacheinander zum Stelldichein. Kaum ist der erste erschienen, als der zweite anpocht. Auf ihren Rat verbirgt sich der erste in einem Schrank, in welchen später auch der zweite vor dem dritten, der dritte vor dem frommen Mann flüchtet. An diesen richtet Ǵamîla nun angesichts des Schrankes die Frage, ob er ihr jetzt schwören wolle, das Geld zurückzugeben. Dieser antwortet[4]): „Ich schwöre bei Allah, Ǵamîla hat von mir tausend Denare zu fordern, die ihr Gatte mir übergeben hat." Ǵamîla läßt darauf den Schrank vor den König schaffen, wo die drei gefangenen Würdenträger bezeugen müssen, was sie gehört haben.

Das der Erzählung zugrunde liegende Geschäft ist hiernach ebenfalls ein Verwahrungsvertrag, den 'Amr mit dem frommen Mann zugunsten einer dritten Person abgeschlossen hat. Im Verhältnis zwischen 'Amr und seiner Frau liegt eine suspensiv bedingte Schenkung unter Lebenden auf den Todesfall vor, die ein Treuhänder vermitteln soll. Daß der Person, zu deren Gunsten der Vertrag abgeschlossen ist, ein unmittelbarer Anspruch gegen den Treuhänder zusteht (vgl. § 328 Abs. 2 BGB.), folgt aus dem Wortlaute des Eides, den der fromme

---

[1]) Alfred Schultze, Langobardische Treuhand (1895) S. 45 ff., R. Caillemer, Origines et développement de l'exécution testamentaire (Lyon 1901) S. 128 ff., Lambert, Droit civil comparé I 459 ff., Hübner, Grundzüge des deutschen Priv.-R.s 736 ff. — [2]) Lebt bis zum Jahre 869. — [3]) Die Novelle ist von Siegmund Fraenkel in den Germanist. Abhandlungen (herausg. v. F. Vogt) Heft 12 (1896) S. 39 ff. übersetzt und erläutert worden. (Die hier erörterte Frage hat Fraenkel nicht behandelt.) — [4]) S. 43.

Mann angesichts des Schrankes geschworen hat.[1]) Die Herausgabepflicht ist übrigens nicht bloß durch den Tod des Schenkers, sondern auch noch durch den (nach der Erzählung auch eingetretenen) weiteren Umstand bedingt, daß der Treuhänder die Familie des Schenkers in Not findet.

In den oben angegebenen altgriechischen Fällen der Treuhänderschenkung sind m. E. — analog der germanischen Entwickelung — die Vorläufer der griechischen Testamentsexekution zu erblicken.[2]) Ob die arabische Entwickelung analog verlaufen ist, läßt sich zurzeit wohl kaum beantworten. Bemerkt sei jedoch, daß das mohammedanische Recht das Institut der Testamentsexekution kennt.[3]) Vielleicht läßt sich auch die ziemlich freie Stellung des Treuhänders (der ja nach der Erzählung, wie eben bemerkt, zunächst nach eigenem Ermessen über das Vorhandensein einer Notlage und damit mittelbar über die Herausgabe zu befinden hat) als ein Ansatz in der Richtung nach der Testamentsexekution hin auffassen.

Das in der arabischen Novelle behandelte Motiv von der standhaften Witwe und den eingesperrten Liebhabern, das nach Fraenkels Vermutung (S. 48) auf eine indische Urform zurückgeht, kehrt noch in einer ganzen Reihe späterer orientalischer wie abendländischer Erzählungen wieder.[4]) In den übrigen mir bekannt gewordenen Versionen

---

[1]) Daß nur die Beweisbarkeit, nicht die rechtliche Zulässigkeit des Anspruchs angezweifelt wird, ergibt auch die Antwort, die der eine der angegangenen Würdenträger Ǵamîla erteilt (Übers. S. 41): „Deine Klage gegen den frommen Mann kann nur auf Grund zweier gültiger Zeugen zu Deinen Gunsten entschieden werden.“ — [2]) Meine Schenkung auf den Todesfall I, 145ff., Lambert, Droit civ. comp. I, 459, vgl. über die Testamentsexekution im römischen Recht Mitteis, RPR. I S. 105 A. 30. — [3]) Sachau, Muhammedanisches Recht nach Schafiitischer Lehre S. 190 § 22, 237ff., 701, 744. — [4]) Vgl. die Anführungen bei Fraenkel S. 44ff. und bei Alfr. Pillet, Das fableau von den trois bossus ménestrels und verwandte Erzählungen ... (Halle 1901) S. 60ff. — Auf meine Anfrage teilt mir Herr Professor Hertel (Döbeln), der ausgezeichnete Kenner der indischen Erzählungsliteratur, liebenswürdigerweise mit, daß die Vermutung über den indischen Ursprung der arabischen Novelle jedenfalls zutrifft. Das indische Original ist allerdings nicht nachweisbar, wohl aber eine in zwei Fassungen erhaltene Parallelerzählung, die noch einige ursprünglichere Züge als die arabische Version bewahrt hat. Sie findet sich in den Bearbeitungen der verlorenen Bṛhatkathā, die von den — in der ersten Hälfte des 11. Jahrhunderts lebenden — Kaschmirer Dichtern Somadeva (Kathāsaritsāgara IV, 26, englische Übersetzung von Tawney I S. 17ff.) und Kṣemendra (Bṛhatkathāmañjarī I, 2, 74ff., Übersetzung noch nicht erschienen) herrühren. In den beiden indischen Fassungen gründet sich der fragliche Anspruch (nach den mir von Herrn Hertel mitgeteilten Übersetzungen) auf ein depositum irregulare, das ein Mann zugunsten seiner Frau bei einem Kaufmann hinterlegt, die Abhebungsberechtigung ist aber nicht von dem Vorversterben des Mannes abhängig gemacht. — In eigenartiger Weise wird das Depositum mit dem Tode des Deponenten in einer satirischen Strophe in Verbindung gebracht (Pañcatantra, ed. Kielhorn I, 14), die ich ebenfalls Herrn Hertel verdanke: „Wenn ihm

ist die juristische Grundlage des von der Witwe erhobenen Anspruchs jedoch durchgehends eine andere als in der Novelle des al Ǵâḥiẓ. Meist wird nur ein von der Witwe selbst gegebenes Depositum zurückgefordert.

Breslau. Eberhard Friedrich Bruck.

[Zur Passivlegitimation bei der actio aquae pluviae arcendae.] Über die Passivlegitimation bei der a° aquae pl. arc. besitzen wir eine treffliche Studie von G. Baviera, La legittimazione passiva nell' actio aquae pl. arc. in dir. rom. classico (1902, jetzt in Scritti giuridici I 1909 S. 143ff., nach welchen hier zitiert wird), in der in verdienstvoller Weise die Arbeit der Kompilatoren in dieser Lehre zutage gefördert wurde. Eine ganz bescheidene Ergänzung sei hier gestattet.

D. 39, 3, 6 § 7 (Ulp. 53 ad ed.) lautet:

> Celsus scribit, si quid ipse feci, quo tibi aqua pluvia noceat, mea impensa tollere me cogendum, si quid [quis *Kr.*] alius qui ad me non pertinet, sufficere, ut patiar te tollere. sed si servus meus fecerit, aut is cui heres sum hoc fecit, servum quidem noxae dedere debeo: quod autem is cui heres sum fecit, perinde est, atque si ipse fecissem.

Die Echtheit dieses Fragments wird von Baviera a. a. O. 147f. nicht bezweifelt (auch nicht von Longo, Bull. XIV 162), und doch ist an ihm manches auszusetzen. Schon äußerlich ist der zweite Satz recht anstößig. Zunächst: sed si — fecerit aut is — fecit. Allerdings würde man hier mit einem Fehler des Abschreibers zu rechnen haben, wenn nicht das 'hoc' vor 'fecit' und sein Fehlen vor 'fecerit' zwei verschiedene Hände verraten hätte. Die ungeschickte Wiederholung 'is cui heres sum fecit' kann weder Celsus noch Ulpian zugeschrieben werden. Inhaltlich ist bedenklich, daß der Erblasser zusammen mit dem Sklaven unter die Kategorie des 'qui ad me pertinet' gestellt wird. Das kann aber nur vom Sklaven gesagt werden, nicht vom Erblasser, der nicht einmal unter den weiten Begriff der 'qui ad me pertinent' in D. 24, 1, 5 § 2 fällt, — von den Definitionen des zivilrechtlichen pertinere in D. 50, 16, 70 u. 181 ganz abgesehen. Die Echtheit der beiden Erwähnungen des Erblassers läßt sich daher stark bezweifeln, um so mehr als sie auch sachlich nicht ohne Bedenken sind. Der Schlußsatz stellt sich zunächst als eine ganz beträchtliche Erweiterung des klaren Ausspruchs des Celsus dar, der auch anderweitig mit Nachdruck betont wird, vgl. Pomp. l. 22 § 1 h. t. ('is qui opus fecit'), Paul. l. 7 pr. h. t. ('is cum quo a. pl. arc. agitur, quod opus fecit — suo nomine convenitur, ut opus tollat'), Ulp. l. 3 § 3 h. t. ('non nisi eum teneri, qui opus faciat'). — Die schärfere Haftung des Erben des auctor operis,

---

ein Depositum ins Haus gefallen ist, betet der Kaufmann zu seiner Gottheit: «Wenn der Eigentümer des Depositums stirbt, so gebe ich dir eine Gabe für die Erhörung meines Gebetes».“

d. h. die restitutio operis auf eigene Kosten (nicht aber nur die praestatio patientiae, d. h. die Duldung, daß der Kläger auf seine Kosten das schadendrohende Opus beseitige), wäre erst dann verständlich, wenn mit dem Erblasser bereits lis kontestiert wurde, davon ist aber im Fragment mit keinem Worte die Rede. Sonst ist sie aber nicht erklärlich, weder durch die Erbenqualität des Beklagten, da diese allein selbst zur Passivlegitimation nicht ausreicht, noch durch die Nachfolge im Eigentum am Grundstück, da diese die schärfere Haftung durchaus nicht begründet, vgl. l. 12 h. t. (auf den Fall des fundus legatus sei besonders hingewiesen). — Zieht man ferner eine andere Quellenäußerung in Betracht, die bei einem anderen Rechtsmittel die restitutio operis auf eigene Kosten der praestatio patientiae gegenüber als Strafe bezeichnet (D. 39, 1, 22, op. n. nunt.), so ist die Echtheit unserer Stelle so gut wie ausgeschlossen.

Aber auch von einem anderen Gesichtspunkt wird die mildere Verantwortlichkeit des Erben zu rechtfertigen sein: will der Beschädigte, daß die Beseitigung des opus auf Kosten des auctor operis geschehe, dann soll er sich eben mit der Klage beeilen. Dies wird ihm auch gelegentlich in bezug auf diese Klage von Paulus anempfohlen, l. 12 h. t.: nam actori moram suam nocere debere.

Ich rekonstruiere daher den zweiten Satz der Stelle — der erste ist durchweg echt — wie folgt:

> sed si servus meus fecerit [aut is cui heres sum fecit] ⟨eum⟩ [servum quidem] noxae dedere debeo. [quod autem is cui heres sum fecit, perinde est atque si ipse fecissem].

Ob die Emblemata den Kompilatoren oder einem späteren paraphrasierenden Rechtslehrer zuzuschreiben sind, mag dahingestellt bleiben. Dies letztere scheint mir wahrscheinlicher, sonst wären die Kompilatoren von dem Vorwurf der Leichtfertigkeit, mit der sie die 'ceteri successores' in l. 12 h. t. einfügten, schwer in Schutz zu nehmen.

Lemberg. Adolf Berger.

Literatur.

Otto Lenel, Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. Zweite verbesserte Auflage. Leipzig 1907. Tauchnitz. 8° — XXVI und 550 SS. 24 M.

(Fortsetzung von Bd. XXX, S. 490.)

§ 33. Die 1. Aufl. hatte als Zwangsmaßregel gegen ein nicht defendiertes municipium die missio in bona ins Gemeindevermögen angenommen. Auf Nabers Einwendung wurde dies aufgegeben, und seit édit nunmehr gelehrt: die a° aus den Kontrakten der Beamten ist gegen die Duumvirn verheißen (D. 44, 7, 35, 1); bei Ausbleiben der Defension trete missio in res singulas civitatis ein. Über die intentio jener Formel vgl. Mitteis, Röm. Priv. R. 1, 383, 19.

§ 34. Gradenwitz hatte die Frage aufgeworfen, ob nicht im Edikt der rechtsfähige Verein ausschließlich als universitas bezeichnet war, wie in der Rubrik D. 3, 4. Lenel nimmt für die Ediktsrubrik die Fassung mit universitas an, für den Text dagegen den Ausdruck ‚quibus corpus habere permissum est'. Zu letzterem vgl. jetzt Mitteis, Röm. Priv. R. 1, 398 ff.

§ 35. Schon in der Palingenesia hatte L. seinen anfänglichen Widerspruch gegen Wlassaks Lehre aufgegeben, nach welcher das Edikt neben einem verheißenden Text de negotiis gestis auch eine formula in factum concepta enthielt, zu deren Kommentar D. 3, 5, 3, 8. 9 gehörten. Seit édit nimmt Lenel nun auch mit Wlassak an, daß 2 formulae in factum, eine für den dominus, eine für den gestor proponiert waren. Wahrscheinlich hätten sie auf den besonderen Fall der defensio absentis abgestellt. Das positive Argument, welches in édit 1, 118, 7 aus D. 3, 5, 3, 9 für eine solche Fassung gewonnen war, wird allerdings nicht mehr aufgenommen. Zur formula in factum wird aus fr. 3, 9 cit. geschlossen, daß in der a° direcat von einem dolus des gestor nicht die Rede war. Daß wie in der a° mandati contraria auch in der formula in factum des gestor das ‚pecuniam abesse' eine Rolle spielte (Segrè), sei möglich. Diese Beobachtung wird noch schärfer, wenn fr. 2 h. t. (Gaius fr. 88) eine der üblichen Paraphrasen ist, welche Gaius in seinem Ediktskommentar über den Ediktsinhalt vorauszusenden pflegt.

§ 36. Für den Tatbestand, den das iudicium calumniae traf, wird — übrigens nach Pernice, Labeo II[2] 228 — seit édit auf Ulpian, opinion. IV. D. 4, 3, 33 verwiesen, wo im echten Texte wohl das iudicium calumniae wegen ‚destitisse' erteilt war. Daß vielleicht auch P. Amh. 27 sich hierauf bezog, wird nach Gradenwitz angemerkt.

§ 39. Bei Gelegenheit des arbitratus de restituendo der a° quod metus causa (‚neque ea res arbitrio tuo restituetur) wird auf die Lehre Wlassaks eingegangen, nach welcher die Formel bei der Litiscontestatio keinen Befehl des Beamten an den Geschworenen enthält, sondern eine von den Parteien ausgehende Anweisung. Während nach Wlassak in der Formel die Parteien zum Privatrichter sprechen, betont L., daß die Formel jedenfalls den Richter in der zweiten Person anrede, als ob Wlassaks ‚Anweisung der Parteien' den Richter notwendig in der dritten Person ansprechen müsse. Ohne übrigens abschließend zu der Frage Stellung nehmen zu wollen, verweist L. auf eine Schwierigkeit, welche für Wlassak aus l. 9/10 der lex Latina tabulae Bantinae erwachse. Dort stehen deutlich verba iudicii nur neben einem die Befehlsgewalt des Magistrates andeutenden Satzgefüge: iubeto ... condemnari ... facitoque ut iudicetur. Aber wenn auch hier das Gerippe einer Formel nur neben diesen Worten auftritt, ist damit kaum viel gegen die Wlassaksche Lehre gewonnen. Jene Wendung steht wie sonst (l. Rubria, c. 20, l. 17, vgl. l. Ursonens. 95) das iudicare iubere facereque ut iudicaretur. Wer dies wie Wlassak (R. Proz. 2, 56 Anm.) auf eine unmittelbare prätorische Weisung an den iudex mit Reproduktion der Formel deutet (meine Schriftformel 10 ff. Mitteis, Röm. Priv. R. 1, 59, 53), braucht an der lex Bantina keinen Anstoß zu nehmen. Die ausführliche Klausel, welche sowohl die Erteilung der Formel gegenüber den Parteien wie den Befehl an den Richter erwähnt, ist iudicium dato, iudicare iubeto cogito (l. Rubria l. c.). Daß ‚iudicium dato' allein statt der umfangreichen Klausel in Gesetzen an solcher Stelle vorkam, zeigt z. B. l. Julia municipalis l. 44. Warum sollte nicht einmal auch der andere Teil der umfangreichen schwerfälligen Klausel allein im Gesetzestexte figuriert haben, indem nicht die Genehmigung der Formel gegenüber den Parteien, sondern die Weisung an den iudex dem Ausdruck nach allein in den Vordergrund trat —?

§ 43. Während die 1. Aufl. das Edikt ‚quod falso tutore' hinter der Restitution des Großjährigen einführte, hat schon in der Palingenesia der Pomponius-Kommentar zu einer Umordnung geführt. Daß ‚gestum' wirklich die ediktale Bezeichnung des Geschäftes unter Beistand des falsus tutor war, wird seit édit bezweifelt. Wahrscheinlich stand in der Rubrik schon ein Wort, welches speziell von der litis contestatio falso tutore auctore sprach, und lautete das Edikt entsprechend.

§ 44. In der dunklen Frage, wie die rei vindicatio rescissa usucapione formuliert war, weist die neue Aufl. eine Meinungsänderung auf, gegen die ein Bedenken nicht unterdrückt werden kann. In der 1. Aufl. hatte Lenel einfach konstruiert: si is homo q. d. a. a N° N°

usucaptus non esset —, und édit hielt diese Fassung fest, mit Hinweis auf Theophil. ad Just. 4, 6, 5: ὡσανεὶ μὴ usucapitεύσεν. Auf Karlowas Widerspruch wird diese Fassung aufgegeben, weil sie dem iudex nicht den Spruch offen lasse, daß die Sache schon vor Eintritt des Restitutionsgrundes ersessen gewesen sei. L. nimmt jetzt an, es sei der Besitz des Beklagten nur auf die Dauer der Behinderung, z. B. der Abwesenheit des Klägers ausgeschaltet worden. Dabei soll die verloren gegangene und restituierte Zeit in der fictio genannt gewesen sein: arg. D. 4, 6, 26, 7. 8; also: si eum hominem q. d. a. Nˢ Nˢ C diebus minore quam possedit tempore possedisset. Aber zunächst ist seltsam, daß der Beamte die restituierte Zeit in die Formel aufgenommen haben sollte, da er selbst es doch in der Hand hatte, dem Antragsteller im Restitutionsdekret dies restituti zur Litiskontestation zu gewähren und nachher die Formel bei fruchtlosem Verstreichen der Frist zu verweigern. Praktisch scheint das von L. nun angenommene Verfahren kaum gangbar. Gesetzt, A besitze den Sklaven des B zunächst 1 Jahr weniger 100 Tage, B verreise 100 Tage vor Ablauf des annus usucapionis von Staats wegen, bleibe 2 Jahre fort und ließe sich 3 Monate nach der Rückkehr restituieren, während B weiter besessen hat, so wären die dies restituendi nach jenem fr. 26, 7. 8 cit. 100 Tage. Bekäme der iudex aber eine Formel mit L.'s jetziger fictio, so käme er notwendig zur absolutio des A; denn der hatte weit mehr als den annus usucapionis im ganzen besessen. Um hier zur condemnatio zu gelangen, müßten die 2 Jahre und 3 Monate in der Formel als dies restituti mit genannt werden, und damit ginge die Grundlage jenes fr. 26, 7. 8 cit. verloren, selbst wenn man dessen Beziehung auf den Formeltext für möglich halten wollte.

Die zweckentsprechende Fassung des iudicium rescissa usucapione wird m. E. am besten gefunden, wenn man, wie L. früher getan, rekonstruiert, nur die Fiktion erst vom Eintritt des Restitutionsgrundes an wirken läßt: si is homo q. d. a. post kal. Mart. usucaptus non esset. Daß tatsächlich in Rom seit alter Zeit der Gedanke war, die gesamte seit dem Eintritt des Restitutionsgrundes abgelaufene Zeit auszuschalten, zeigt schon das sc. de Asclepiade (aᵒ 676 a. u. c.) l. 15: *εἴ τέ τις προθεσμία παρελήλυθεν, ἀφ' οὗ ἐκ τῆς πατρίδος τῶν δημοσίων πραγμάτων τῶν ἡμετέρων χάριν ὥρμησαν, μή τι τοῦτο πρᾶγμα αὐτοῖς βλαβερὸν γένηται* ... Im unmittelbaren Zusammenhang mit der Erwähnung der in integrum restitutio (l. 14) ist diese deutliche Anspielung auf das rei publicae causa abesse des prätorischen Ediktes sicher nicht zufällig. Sehe ich recht, dann hatte das iudicium rescissa usucapione seinen Namen davon, daß die usucapio in der fictio ausdrücklich genannt und entkräftet war, und der Bericht des Pseudo-Theophilos brauchte nicht gerade als unrichtig verworfen zu werden.

§ 46. Die interessante neue Erörterung zur alienatio iudicii mutandi causa facta hat den Ref. schon zu einer eingehenden Stellungnahme angeregt, vgl. die von Mitteis, Bd. 30, 451 ff. besprochene Abhandlung.

§ 50. Zum receptum argentarii vgl. Ref., diese Zeitschrift Bd. 29.

§ 52. Zur Frage, in welcher Weise ein Zivilverfahren bis zur Beendigung eines Kriminalprozesses sistiert wurde, stand die 1. Aufl. auf dem Standpunkte Bülows, nach welchem in der Zeit der Digestenjuristen der Vorrang der Kriminalsache stets durch prätorisches Präjudizialdekret gewahrt wurde; jetzt hält L. ein Nebeneinander von Dekret und exceptio ‚extra quam in reum capitis praeiudicium fiat' in der Praxis für möglich, läßt aber die Frage dahingestellt, ob diese exceptio ins edictum perpetuum übergegangen ist.[1])

Mit den Ediktsklauseln über Verhütung von Präjudizien und — vielleicht? — einer Klausel zur querela inofficiosi testamenti schließt der erste Hauptteil des Ediktes. Auch heut bleibt Girards Anschauung abgelehnt, nach welcher die Edikte über die interrogatio in iure, den Eid und die Präskriptionen bei der a° ex stipulatu noch in den 1. Teil gehört haben sollen.

Tit. XIV ist jetzt mit der R. D. 5, 1. Cod. 3, 1 „de iudiciis" überschrieben.

§ 53. Während bei der Erläuterung der Ediktsklauseln über die interrogatio in iure nur das Fallen einer Interpolationsbehauptung zu D. 11, 1, 9, 8 zu bemerken ist (vgl. 141, 2 mit éd. 1, 163, 8), ist die Rekonstruktion der formula interrogatoria durch édit modifiziert. Die 1. Aufl. hatte für den Fall, daß Nˢ Nˢ sich als Erben des Lucius Titius fälschlich bezeichnet hatte, formuliert: S. p. Lucii Titii hereditatis nomine A° A° decem dari oportere.... Diese Formel wird jetzt verworfen, da sie unverwertbar wird, z. B. wo der Antwortende sich nur als Teilerbe bekannt hat, während andere Teilerben ihre Schuld schon ganz oder teilweise getilgt haben. Schon édit schloß sich daher, nach P. Krüger, einer fiktiven Fassung an: si Nˢ Nˢ A° A° heres ex asse esset, tum si Nˢ Nˢ A° A° H S $\overline{X}$ dare oporteret, ... die responsio sei in der Formel nur erwähnt worden, soweit der Beklagte sie in iure bestritt, und dann in Form der exceptio (D. 22, 3, 18, 2). Bei der a° interrogatoria ex falsa responsione soll die Prüfung der Richtigkeit der gegebenen Antwort, wenn der Kläger sie als unrichtig bezeichnete, dem Richter durch eine praescriptio überwiesen sein. Die Erläuterungen von Fällen, in welchen falsche responsio entschuldigt wurde (D. 11, 1, 11. 3. 8. 11. 12 fr. 12 pr. eod.) können aber ebensogut darauf deuten, daß in dieser Frage der Beamte selbst oft prüfte und eine cognitio seinerseits oft noch nach der litis contestatio über die formula interrogatoria ex falsa responsione zu einem Eingriff ins Geschworenenverfahren, etwa durch ein iudicare vetare, führte.

§ 54. In dem ulpianischen Bericht über das Edikt, welches die a° in factum ex iureiurando verheißt, D. 12, 2, 9, 1, wird jetzt die Be-

[1]) Vgl. dazu jetzt auch Pissard, les questions préjudicielles, Paris, thèse, 1908, 39, n. 38—40. 175 ff. 193 ff.: in der klassischen Praxis des 2. und 3. Jahrhunderts sei — nach der Überlieferung zu schließen — der Vorrang der Kriminalsache ausschließlich durch prätorisches actionem denegare und iudicare vetare gewahrt worden.

ziehung des Eides auf ein ‚dare oportere' als interpoliert angesehen. Die proponierte Musterformel wird nunmehr auf den Fall der rei vindicatio abgestellt. Zur Frage ihrer Anpassung auf andere Aktionen wird die Interpolation von D. 12, 2, 13 erwähnt. — Offen bleibt die Frage, wie bei Formeln mit demonstratio die Anpassung geschah. Wurde hier vielleicht in factum konzipiert? (so jetzt neu neben andern Hypothesen).

§ 55. Für die Vereinigung der Präskriptionen der a° ex stipulatu an dieser Stelle des Ediktes wird unter Vorbehalt jetzt auch auf Werke des julianischen Systems verwiesen; im übrigen ist die alte Darstellung über eine die demonstratio vertretende praescriptio aufrechterhalten. Zur taxatio bei den nicht auf restituere gerichteten bf. iudicia wird die Auslegung, daß D. 31, 77, 30 sich auf eine taxatio bei der a° tutelae beziehe, neu angenommen (149, 3).

§ 57. Zur condictio incerti sind die Ausführungen von édit wörtlich erhalten geblieben, nach denen für diese Formel kein Musterschema im Edikt proponiert war. Die dabei zur condictio incerti geäußerten Anschauungen sind seit édit schon so mannigfach besprochen worden, daß ein Eingehen an dieser Stelle erübrigt.[1]) S. 151, 2 ist Julian 8 de cond. s. c. (12, 7) Druckfehler für D. 12, 7, 3.

§ 58. Auch das Edikt über die interrogationes bei den Noxalklagen hat im wesentlichen die aus dieser Zeitschrift 20, 5ff. und édit bekannte Darstellung gefunden. Das überlieferte Edikt bezog sich wohl nur auf den Fall der absentia servi. Die Gegenwart oder Abwesenheit des Sklaven in iure bei der Verhandlung zwischen Noxalkläger und Sklavenbesitzer bestimmt die Gestaltung des Verfahrens. Ist der Sklave zugegen, so wird dem Besitzer die Frage ‚an eius sit' vorgelegt. Bejaht der Besitzer, so hat er die Wahl zwischen Defension im iudicium noxale und noxae deditio; verneint er, so kann er die Defension statt des Eigentümers cum satisdatione übernehmen, oder aber der Prätor gewährt dem Kläger auf Verlangen die Ermächtigung zum ducere des Sklaven. Schweigt der Besitzer, so ist er selbst indefensus und (so jetzt mit Naber gegen Karlowa) unterliegt der ductio und missio in bona — D. 9, 4, 21 pr. ist itp. — Dabei hat der Kläger ein rechtliches Interesse an zivilem Eigentumserwerb und die Einschärfung der Deditionspflicht ist nicht (wie Eisele wollte) interpoliert. Leugnet ein wirklicher Eigentümer sein Eigentum ab, so wird gegen ihn iudicium noxale sine noxae deditione erteilt, und vermutlich ebenso, wenn er als Besitzer auf die Frage nach seinem Eigentum schweigt (so neu!). Bejaht der Besitzer die Frage der Wahrheit zuwider, so solle er nach Lenel (gegen Naber) ebenso wie der wirkliche dominus zur Eigentumsübertragung oder zur Defension mit iudicium noxale verbunden sein. Doch bleibt letzteres wohl zweifelhaft, da bisher kaum

---

[1]) Außer den bei L. Genannten vgl. noch Benigni, Arch. giur. 75 (1905) 309ff. und neuer als Edikt 2 die zusammenfassende Arbeit von Triantaphyllopulos, περὶ τῆς condictio incerti, Athen 1907.

der Fall belegt ist, daß der Noxalkläger das Eigentum des fassus se dominum esse bestreitet und eine Dedition aus seiner Hand ablehnt. Die klassische Praxis hat vielleicht der Frage weniger Wert beigelegt, ob die noxae datio auch wirklich von seiten des Zivil-Berechtigten erfolgte (D. 9, 4, 27, 1, fr. 28. fr. 11). Ist der Sklave nicht in iure, so kommt es zu zwei Fragen, die L. jetzt mit Recht nicht mehr als notwendig prozessual verbunden denkt. Bejaht der Gegner des Noxalklägers die Frage ‚an servum in potestate habeat', so mußte er entweder sich zur Übernahme des iudicium noxale erbieten oder die künftige Gestellung des Sklaven versprechen.[1] Erklärt der Gegner hier, er habe den Sklaven, sei aber nicht dominus, so konnte der Noxalkläger, da nur der dominus zur Defension des servus absens berechtigt ist, kurzweg cautio de exhibendo verlangen. Bejaht der Gegner Besitz und Eigentum, bestreitet aber der Noxalkläger ihm sein Eigentum, so soll nach D. 9, 4, 21, 1 der Kläger ein Defensionsanerbieten ablehnen und cautio de servo exhibendo verlangen können. Verneint der Gegner seinen Besitz, so konnte der Noxalkläger auf Grund des Ediktes unserer Rubrik ein iudicium sine noxae deditione verlangen. Der Schweigende unterlag dem allgemeinen Defensionszwang.

Wie diese Darstellung des Verfahrens in iure ist auch die Formelrekonstruktion von der 1. Aufl. verschieden. Wohl meint L. noch heut, daß sich das iudicium sine noxae deditione mit seiner intentio auf ‚quamobrem Nm Nm aut ... damnum decidere aut noxae dedere oportet ...' von dem gewöhnlichen iudicium noxale nur durch die vereinfachte condemnatio unterschied. Aber die intentio des gewöhnlichen iudicium noxale gegen den fassus wird heut unpersönlich und passivisch konstruiert. Wenn der Besitzer des gegenwärtigen Sklaven sich als Eigentümer bekannt oder der des Abwesenden sich als Eigentümer zur Defension bereit erklärt hat, soll die intentio lauten: s. p. ope consilio Stichi servi furtum factum esse paterae aureae, q. o. r. Ao Ao aut pro fure damnum decidi aut Stichum servum noxae dedi oportet.... Gegenüber den Fassungen in édit und der 1. Aufl. hat diese sicherlich den Vorzug, denjenigen Quellen zu entsprechen, welche voraussetzen, daß dieselbe Formel gegen den wirklichen Eigentümer und den bloßen fassus se dominum esse geht, ohne daß letzterer durch fictio als Eigentümer behandelt wird. Aber vielleicht ist diese passivische Fassung der intentio ohne Nennung eines zivil Haftenden für die bisherigen Vorstellungen von römischer Formelbildung doch fremdartig[2]) und in ihren praktischen Konsequenzen bedenklich. L.'s Formel läßt dem iudex kaum den Spruch offen, daß Ns Ns trotz seiner Antwort nicht noxal hafte, da er z. B. als gewaltunterworfener Sohn gar kein Eigentum für seine Person erwerben könne, vgl. D. 11, 1, 16, 1. Ferner

---

[1]) Tut er keins von beidem, so erfolgte wohl ductio. — Stand vielleicht im klassischen Text von D. 9, 4, 22, 3 statt des vagen ‚punitur' ein ‚ducitur'? — [2]) Sie könnte sich ja immerhin auf die Ergänzung in Gai. 4, 45 berufen.

müßte die jetzt vorgeschlagene Rekonstruktion doch wohl überall da zu ungerechter absolutio führen, wo in Wahrheit ein ziviles oportere an diesem Sklaven nicht besteht. Also einmal, wenn ein ausländischer Sklave aus der Hand eines Nichtbürgers erworben wird und der römische Erwerber noch nicht usukapiert hat. Ebenso — wenn D. 9, 4, 38, 1 klassisch ist —, wenn der Dieb derelinquiert wird und ein anderer ihn als seinen Sklaven in iure bekennt. Und auch, wenn der Sklave zu einem Nachlaß gehört, der keinen Erben zu erwarten hat, mußte mindestens zweifelhaft sein, ob das damnum decidere aut noxae dare nach Zivilrecht bestand. Aber in allen diesen Fällen müßte doch notwendig die Frage, ob in Wahrheit eine zivile Haftung für das Sklavendelikt existierte, für die Haftung desjenigen gleichgültig gewesen sein, der sich selbst als dominus in iure bekannt hatte. So bestehen Bedenken gegen L.'s neue Formelfassung. Eine andere an die Stelle zu setzen, wage ich nicht.

§ 59 (64), wo jetzt nach einer Bemerkung zur Paling. Ulp. fr. 707 die Rubrik ‚de vacatione' erscheint, wird die Bildung der Formel gegen den ‚iudex qui litem suam fecit' als durchaus dunkel gekennzeichnet, nur conceptio in factum als wahrscheinlich angenommen.

§ 60 (59). Die Darstellung des Edikts zur a° Publiciana zeigt die bekannte Meinungsänderung L.'s in der Darstellung, die schon in édit bekannt und viel besprochen wurde. Für die beiden Fälle des bonitarischen Eigentums und der bonae fidei possessio wird in Edikt und Musterformel nur e i n Fall vorausgesetzt: Si quis id quod mancipio datur traditum ex iusta causa et nondum usucaptum petet, iudicium dabo. In der Musterformel bei Gaius 4, 36 werden die Worte ‚bona fide' ergänzt. Dabei ist für die neueste Literatur eine Anmerkung (165, 6) interessant: das ‚traditum ex iusta causa' habe im Edikt über die Publiciana auch das subjektive Moment der bona fides in der ‚iusta causa' mit enthalten. Diese Bemerkung stützt sich nicht auf die Kommentarstücke D. 6, 2, 3, 1 — fr. 7, 10, sondern nur auf P. Straßburg 22, 20. 21 und die von Mitteis gegebene Auslegung der Urkunde, der Lenel somit beitritt. M. E. ist die Auffassung dieses Papyrus doch nicht so gesichert, daß er zu solchem Schlusse berechtigte.

§ 64 (63). Im Edikt ‚de aleatoribus' wird ‚subtractum e r i t' statt ‚e s t' im klassischen Texte vermutet. Die frühere Annahme einer Ediktsklausel über einen Strafzusatz bei der Rückforderung des in unerlaubtem Spiel Verlorenen ist auf Karlowas Widerspruch gefallen.

§ 65. Schon das édit verteidigte die Darstellung zur hereditatis petitio wirksam gegen Lammfromm, Karlowa und Naber. Die neuerliche Interpolationsbehauptung de Marzos, welcher die ganze possessio iuris für unklassisch erklärt, wird ebenso abgelehnt wie W. Stintzings Aufstellung, wonach nur gegen den pro possessore possessor mit der Formel, gegen den pro herede possidens dagegen apud centumviros prozessiert worden sei.

§ 67. Daß im klassischen Rechte der bonorum possessor eine hereditatis petitio hatte, ist von L. gegen Leist nachgewiesen worden,

und die Begründung ist im wesentlichen dieselbe geblieben. Bezüglich der ediktalen Behandlung dieser Formel ist im Gegensatz noch zu édit eine Meinungsänderung erfolgt. Kein Formelschema sei dafür im Edikt proponiert gewesen, kein verheißendes Edikt sei nachweisbar, und es habe auch eines solchen für diese utilis actio gar nicht bedurft. Der Eingang von D. 5, 5, 2 sei wahrscheinlich interpoliert, und die Rubrik ‚de hereditatis petitione possessoria' stamme aus den klassischen Kommentaren oder gar von den Kompilatoren.

Für die exceptio bonorum possessionis non datae gegenüber den a^{nes} ficticiae des bonorum possessor ist seit édit ein Beleg in D. 44, 1, 20 gefunden.

§ 68. Die Singularklage des Fideikommissars nach dem sc. Trebellianum war in der 1. Aufl. mit Rudorff als actio mit Umstellung der Subjekte aufgefaßt. Seit Ferrini aus Inst. II, 23, 4 auch hier die fiktizische Fassung wahrscheinlich machte, setzt L. hier die gleiche Fassung wie bei den actiones possessoriae voraus (si heres esset).

§ 69. Die Rubrikenüberschrift ‚de rei vindicatione' wird als ‚sicher nicht ediktal' bezeichnet. Aus den mancherlei Einzelheiten, die hier gegen die 1. Aufl. und édit verändert sind, sei nur die Revision der Palingenesia zu Ulp. 17 hervorgehoben. Während L. in der Palingenesia vermutet hatte, daß das 17. Buch einen Nachtrag zur abgehandelten Vindikationslehre bringe, wird jetzt ein solcher Nachtrag für unwahrscheinlich erklärt und seit édit angenommen, daß Ulp. fr. 576. 578 eine Erörterung über Rechte am Bau auf fremdem Boden darstellt, welche durch die a^{o} in rem des Superfiziars veranlaßt war. Fr. 579 wird zur provinzialen Vindikation gezogen. — Für die vindicationes utiles werden die von Mancaleoni und Mayr besprochenen Interpolationen erwogen. L. hält fest, daß diese vindicationes utiles, soweit sie klassisch sind, in factum konzipiert waren.

§. 70. Die Formel des Pächters am ager vectigalis wird jetzt s. p. A^{m} A^{m} . . . conduxisse gefaßt, nicht mehr: s. p. . . . conductum habere.

§ 71. Einen ähnlichen Einwand wie gegen die erste Fassung hier A. Schmidt, hatte Ref. gegen die bisherige Rekonstruktion der Vindikation am ager tributarius vel stipendiarius versucht. L. lehnt mein Bedenken ab, das sich dagegen gerichtet hatte, daß nach L. der nicht besitzende Kläger behaupte: ‚sibi fundum q. d. a. habere possidere frui licere'. L. hält auch jetzt an der früheren Fassung fest; nur die Möglichkeit wird gelassen, daß dem licere eine Verweisung auf das Grundgesetz der Provinz folgte, welches das Bodenrecht den Provinzialen konzedierte. Vielleicht gibt die Erwähnung der concessio im Interdikt ne quid in loco publico (D. 43, 8, 2 pr.) in Verbindung mit Cic. de lege agr. III 2, 7. 11 eine Anregung für eine andere bedenkenfreie Hypothese über den Formeltext.

§ 72 enthält die neue Lehre L.'s von der formula prohibitoria, die nach L.'s einleuchtender Hypothese die Anmaßung honorarisch geschützter Servituten abwehrte.

§ 73. Die Anpassung der Musterformel der a° confessoria der Servituten für den Fall, daß iter sine actu oder ein actus sine itinere reklamiert wurde, war noch in édit so gedacht, daß aus dem Musterschema (s. p. A° A° ius esse . . . ire agere) das überflüssige Wort gestrichen wurde. Jetzt zieht Lenel Paul. fr. 343 D. 50, 16, 28, 1 in diesen Zusammenhang, und meint, das ire agere sei ex mente pronuntiantis je disjunktiv oder konjunktiv verstanden worden. Nach wie vor verwirft L. den alten, von Cuq und Girard wieder verteidigten Standpunkt, der auch die a° confessoria und negatoria mit der Klausel des arbitratus de restituendo ausstattet. Ob L. damit recht hat, bleibt immerhin zweifelhaft. Wenn der Kommentar des Paulus zur Restitutionsklausel der hereditatis petitio sagt, daß die zum Nachlaß gehörigen Servituten nicht eines besonderen Restitutionsaktes fähig seien, D. 5, 3, 19, 3, rechtfertigt sich dies durch die besonderen Umstände des Erbschaftsanspruches. Der paulinischen Äußerung eine allgemeine Tragweite zu geben, ist sicher bedenklich, da Paulus D. 8, 5, 7 selbst im Kommentar zu den a^nes der Servituten die Naturalrestitution (ut res praestetur aut cautio) als nächstes Ziel der a° und als Inhalt des officium iudicis hinstellt, neben welchem die Geldkondemnation dieselbe Rolle spielt wie in der formula petitoria. Aber allerdings fehlt ein deutlicher Quellenbeleg für die Restitutionsklausel dieser Aktionen.

§ 77. Die Darstellung zur a° legis Aquiliae bleibt im allgemeinen aufrecht, nur wird jetzt auch dahingestellt gelassen, ob die Formel die eigentümliche Ästimationsvorschrift des Gesetzes zum Ausdruck brachte oder sie nur im ‚oportere‘ der intentio mitverstand. Eine fictio legis actionis per manus iniectionem wird jetzt für wenig wahrscheinlich gehalten (1. Aufl.: ‚nicht mit Sicherheit zu verneinen‘). D. 12, 1, 9, 1 ist die ‚certi condictio‘ itp. Dem Interpolationsverdacht, den de Medio gegen die Ausdehnung der aktiven Sachlegitimation äußerte, wird mit Vorbehalt beigetreten. Wichtig ist die neue Exegese zu Paul. sent. I, 19, 1 in S. 198, 3.

§ 83—88. Im Kapitel der Bürgschaft sind Einzelheiten wegen des Anwachsens der Literatur anders geworden. Wie früher werden die Gesetze, welche zu den ediktalen Bildungen Anlaß gegeben, ohne Eingehen auf die chronologischen Probleme besprochen (dies ausdrücklich gegen Levy, Sponsio 58f.). Die Notiz über die constitutio Antonina, welche bei Ulp. D. 1, 5, 17 in diesem Abschnitt stand, wird nicht mehr mit der lex Furia verknüpft, deren ausschließliche Anwendbarkeit auf römische Bürger nunmehr bezweifelt wird. Für einen großen Teil der einschlägigen Kommentare mußte von jeher daran verzweifelt werden, eine Beziehung zu Sätzen des Bürgschaftsrechtes zu finden. Die 1. Aufl. und édit hatten noch Hypothesen darüber versucht, in welchen Zusammenhang das ‚mortis causa capere‘ bei Gai. D. 39, 6, 31 Ulp. fr. 30 eod. gehören könne. Heute wird die ars ignorandi anempfohlen. Vielfach sei wahrscheinlich, daß unbekannte Sätze klassischen Rechtes die Anknüpfung boten. So vermutet L. nach D. 38, 10, 1. 3 eine Ausnahme von den Bürgschaftsbeschränkungen der

lex Cornelia zugunsten gewisser naher Verwandten. Auch D. 5, 1, 15 wird mit einer solchen besonderen Frage der lex Cornelia durch eine Hypothese verknüpft, die heut anders als in der 1. Aufl. und édit ausgestaltet ist. Bisher hatte auch dieses Gesetz als lex imperfecta gegolten. Noch wird diese Anschauung für möglich, aber durch Gai. 3, 124 nicht erwiesen erachtet. Aus der lex Furia ließen die 1. Aufl. und noch édit eine exceptio legis Furia folgen, durch welche die zweijährige Befristung der Bürgenhaftung geltend gemacht worden sei. Seit Appleton und Levy wirksam widersprachen, wird zur herrschenden Meinung zurückgekehrt, nach welcher der Bürge ipso iure durch den Fristablauf frei wurde.

§ 90. In der Rubrik ad exhibendum fällt neben Antworten gegenüber Karlowa seit édit eine Äußerlichkeit auf: die intentio, welche das possidere zur Passivlegitimation fordert, ist passivisch gefaßt. In D. 16, 3, 33: ... incerti agere, id est ad exhibendum ... wird jetzt lieber ein altes Glossem als eine Interpolation (so noch édit) gefunden.

§ 93. Im edictum de sepulchro violato wird die Verheißung ‚actionem dabo' statt ‚iudicium dabo' mit Recht auffällig gefunden (D. 47, 12, 3 pr.). Soweit ich sehe, ist es die einzige noch nicht angefochtene Stelle des überlieferten Ediktstextes — D. 42, 5, 10 pr. ist itp. —, in welcher bei dem Wort ‚actio' nicht zunächst an eine zivile Formel zu denken ist. Die Formel de sepulchro violato war wohl ein iudicium recuperatorium (so mit Rudorff und Wlassak). Ob sie als solches proponiert war, wird seit édit unentschieden gelassen.

§ 95. Die Gesichtspunkte, nach denen die 1. Aufl. die Rubrik si certum petetur aufbaute, sind auch heut noch maßgebend; nur hat die Interpolationenforschung zu schärferer Charakteristik des byzantinischen Einschlages geführt: ‚certi condictio' ist an Stelle der a° certae creditae pecuniae in die klassischen Texte eingesetzt, condictio ‚triticaria' wohl ebenso wie jener Ausdruck ein byzantinischer Schulname der Klage. Das ‚certum' der ediktalen Rubrik ist ebenso certa pecunia wie certa res. In welchem begrifflichen Verhältnis das ‚certum' zu den nicht auf certum gehenden Rechtsbehelfen der gleichen Rubrik stand, bleibt dahingestellt, und die Vermutung, welche in der 1. Aufl. hierzu geäußert war, ist gestrichen.

Mehrere Einzelheiten sind hier wichtig: D. 42, 2, 6 pr. § 1 ist neu besprochen. Die plautinischen Stellen über den Eid des Darlehensschuldners (Curc. IV, 2, 10. Persa IV, 3, 9. Rudens prol. 14) sind wohl mit Recht ihrer sprachlichen Fassung wegen noch zum Eideszwang der a° certae pecuniae creditae zitiert, obwohl sie ihrem sachlichen Inhalt nach sehr wohl aus der hellenistischen Vorlage übersetzt sein könnten. Denn der zugeschobene Eid, mit welchem der Schuldner des Darlehens oder des Depositums den Empfang abschwört, ist gutes griechisches Recht.[1]) Die Beziehung von D. 50, 17, 41 pr. § 1 auf die

[1]) Für das Depositum vgl. schon Herodot VI, 86; für das Darlehen ist das Abschwören des Empfanges in einem vom Kläger zugeschobenen Eide

sponsio tertiae partis gilt jetzt als weniger sicher als bisher. Für die condictio auf certa res wird seit édit (mit Naber) neben der von den Byzantinern so genannten condictio triticaria auch eine Musterformel für die condictio servi vermutet, zu deren Kommentar das itp. Fragment Ulp. D. 13, 3, 3 gehört. Die condemnatio dieser Formel sei auf quanti ea res est gegangen, arg. D. 47, 1, 2, 3 trotz D. 13, 3, 3.

§ 96. Zur a° de eo quod certo loco wird die Darstellung der 1. Aufl. gegen die neuere Literatur verteidigt. Die 2. Aufl. hat hier neu einige Interpolationsfragen erläutert: für D. 13, 4, 2 pr. (236, 2) und § 8 (240), für den Katalog des a^nes arbitrariae Inst. 4, 6, 31 (239). Riccobono, Bull. 1908, 102 will hier noch einen umfangreichen Eingriff der Byzantiner annehmen.

§ 97. Seit édit wird aus dem Edikt de pecunia constituta ein ediktaler Eideszwang angenommen, angesichts schol. Steph. ad Bas. 22, 5, 34.

§ 98. Die Quellenbelege für den Charakter der a° commodati als eines bonae fidei iudicium werden jetzt (mit Longo und Segrè) als justinianisiert angesehen, aber die Tatsache selbst bleibt natürlich außer Zweifel.

§ 99. Neben den in den Kommentaren deutlichen Formeln in factum concepta der a° pigneraticia wird seit édit auch ein ediktales Schema einer formula in ius concepta nachgewiesen. Dafür spricht die Mehrheit von actiones pigneraticiae in D. 13, 7, 13 pr., vgl. auch D. 13, 7, 18, 1, ferner die Behandlung als b. f. iudicium (Inst. 4, 6, 28. Cod. 4, 24, 6), und als solches gelten in echten Fragmenten nie in factum konzipierte Formeln (D. 13, 6, 3, 2. D. 16, 3, 1, 23 itp.), endlich das praktische Bedürfnis, das iudicium directum und contrarium zu einer Formel zu verbinden.

§ 103. Der erste Ediktssatz de tributoria actione wird jetzt — mit Heumann und Karlowa — in der Form einfacher als bisher konstruiert.

§ 104. Die Darstellung zur a° de peculio begründet die Formelrekonstruktion noch wie die erste 1. Aufl., nur daß seit édit auch (nach P. Krüger) das schol. ad Bas. 12, 1, 61 herangezogen und für die Frage der potestas-Klausel in der intentio auf D. 11, 1, 9, 8 eingegangen wird. Dagegen ist die Ausführung über die Konsumtionsverhältnisse völlig umgestaltet. Lenel zerhaut mit einer neuen Interpolationshypothese den Knäuel von Fragen, welcher sich um den Quellensatz schlang, daß auch der Kläger, der bei einer ersten Klage gegen den Gewalthaber wegen Unzulänglichkeit des peculium zu kurz gekommen sei, ohne Hinderung durch den Erstprozeß die a° de peculio aus demselben Klaggrunde erbitten dürfe. In D. 15, 1, 30, 4 heißt es: Is qui semel de peculio agit rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest.

---

z. B. nach attischem Prozeßrecht natürlich gestattet und auch deutlich bei Aristophanes, Nubes 1230. 1235 bezeugt. Es ist daher gegenstandslos, wenn ein Papyrologe (R. Taubenschlag, Arch. f. Pap.-Forschung 4, 17. 45) den Eid, den in P. Magd. 25, 7 der Kläger zuschieben will, notwendig auf ungriechisches ägyptisches Recht nur wegen Diodor I 79, 1 zurückführte.

Während E. I. Bekker aus dieser Entscheidung ein Argument gegen eine Konzeption in ius der a° de peculio gewann, hat L. bisher diese Stelle mit der Wirkung der litis contestatio zu vereinbaren gesucht, indem er lehrte: die Beschränkung der condemnatio auf das peculium beschränke entsprechend auch die konsumierende Wirkung der litis contestatio auf die actio. Wenigstens die in der Kompilation auch vertretene proculianische Schulmeinung (D. 46, 3, 84) müsse zu diesem Satze geneigt haben. Nachdem schon in édit gelegentlich Bedenken gegen diese Auffassung angekündigt worden waren und eine umfangreiche Literatur sich neu mit der Frage befaßt hatte, wird heut die alte Meinung verlassen: es wird als sicher betrachtet, daß auch bei der a° de peculio in zweifellosen Fällen (D. 14, 5, 4, 5. D. 15, 1, 32 pr.) die actio durch die litis contestatio voll vernichtet wurde, ohne Rücksicht darauf, ob das peculium nach der litis contestatio zur Befriedigung ausreichte. Das fr. 30, 4 cit. könne keinen Gegenbeweis liefern. Die Kompilatoren haben nachweislich, wie aus dem Straßburger Ulpian-Fragment hervorgeht, das iudicium rescissorium aus dem klassischen Text von fr. 32 gestrichen. So könne auch in fr. 30, 4 cit. durch Streichung ein Satzteil ausgefallen sein, der die Konsumption, aber daneben die Restitution und das iudicium rescissorium für den Fall späteren Zuwachses des peculium erwähnte. Durch diese in Richtung auf einen Gedanken von Gradenwitz und Ferrini liegende Hypothese wird das gesamte Quellenmaterial für die Anschauung verwertbar, nach welcher auch die Pekuliarklage durch Litiskontestation konsumiert wird. Daß auch D. 15, 1, 47, 2 keinen Widerspruch zu der Lehre darstellt, dafür wird auf Ermans Ausführungen, diese Zeitschrift XIX p. 338 n. 3 verwiesen, die sich aber seitdem ausführlicher in Mélanges Appleton (1903) p. 238 ss. finden. Das Aufgeben der früheren Anschauung über den Einfluß einer Kondemnationsbeschränkung auf die Konsumption hat nun auch zu einer veränderten Auffassung der a° annalis de peculio geführt. Es ist jetzt möglich geworden, die Beschränknng auf das peculium ‚quod penes N^m N^m est‘ der condemnatio einzufügen, in welche sie auch nach den Worten von D. 15, 1, 32 pr. gehört. Die früher hereingezogene Frage der Litiskontestationswirkung einer a° de peculio auf den Bürgen des Sklaven bleibt jetzt unerörtert.

§ 106. In der formula in ius concepta der a° depositi ist die arbitrarische Klausel: condemnato n i s i r e s t i t u e t, das noch die 1. Aufl. aus dem rätselhaften NR des Apogr. Stud. Gai. 4, 47 gewann, gefallen, und daher wird die Verbindung von a° directa und contraria zu e i n e r Formel nunmehr als möglich betrachtet. In der Zuweisung von D. 16, 3, 1, 20—26 zur formula in factum concepta war schon édit wankend geworden.[1]) Seit édit wird nach D. 16, 3, 5 pr. ein eigenes Edikt zum iudicium contrarium für wahrscheinlich gehalten und daraus die Existenz einer formula in factum concepta erschlossen. Für die a°

[1]) Für diese Verbindung jetzt wieder Taubenschlag, bei Grünhut 35, 136 ff.

sequestraria war eine conceptio in factum nach D. 16, 3, 7 pr. wahrscheinlich gemacht worden. Die Begründung der besonderen Formel gegen den Sequester ist von Arangio-Ruiz seither angegriffen, aber wohl nicht erschüttert worden.[1])

§ 108. Während noch édit das praestare in die intentio der formula mandati in ius concepta aufnahm und sich dabei auf viele Stellen dieses Titels berief, wird heut das ‚praestare' auf den Widerspruch Segrès fallen gelassen. Eine formula in factum concepta für die a° directa wird auch heut (anders Girard) noch nicht vermutet. Zur formula in factum concepta des Bürgen, zu welcher vgl. Zusätzliches in meinem Griech. Bürgschaftsrecht 1, 274f. n. 4, ist eine noch in édit stehende Verweisung auf Sokolowski, Mandatsbürgschaft 91 gestrichen, nachdem Levy, Sponsio 207, 11 aus der Verweisung argumentiert hatte.

§ 109. Auch in der formula in ius concepta wird das praestare jetzt angezweifelt. Die Worte ‚pro socio' sind aus der intentio schon seit édit auf Karlowas Widerspruch gefallen. Für die Auffassung der Klausel über das beneficium competentiae ist L. zum Standpunkt der 1. Aufl. zurückgekehrt. In édit war diese Klausel deswegen, weil sie nur causa cognita eingefügt wurde, aus der Rekonstruktion der Musterformel fortgeblieben. Jetzt wird sie wegen der Ordnung im ulpianischen Kommentar wieder eingefügt. Zur Fassung des zugehörigen Ediktes wird aus D. 17, 2, 63 pr. (gegen Pernice und Ferrini) geschlossen, daß es nicht wie die Musterformel auf den Fall der societas omnium bonorum beschränkt war.

§ 110. Für die a° empti utilis aus der datio in solutum wird seit édit eine fictio ‚si emisset' angeregt.

§ 112. Die Rubrik ‚de aestimato' stand in der 1. Aufl. vor derjenigen über den Kauf. Seit L. (ad Paul. fr. 502 n. 2) die Inskription von D. 19, 4, 1 emendiert hat, ist die Rubrik an die jetzige Stelle ge-

---

[1]) Arch. giur. 78 (1907) p. 233ff.: nach A.-R. fehlt in D. 16, 3, 5, 1 nichts vor dem ‚si tamen': gegen den zur Restitution verpflichteten Sequester gehe die a° depositi, gegen den zur Exhibition verpflichteten die a° ad exhibendum. Diese letztere sei mit dem farblosen ‚teneri' in fr. 5, 1 cit. gemeint, und die a° sequestraria in D. 16, 3, 12, 2 sei itp. Aber daß der Jurist — noch dazu Ulpian — im Kommentar der a° depositi mit ‚teneri' eine andere als die kommentierte Formel meint, ist unwahrscheinlich. Die a° ad exhibendum in der Rolle einer solchen Kontraktsklage kann nicht belegt werden, insbesondere nicht durch D. 16, 3, 33. Wäre die gewöhnliche a° depositi Rechtsschutz gegen den Sequester, so ist nicht einzusehen, warum sie nicht mit ihrem dare facere oportere, eventuell durch eine praescriptio zugespitzt, auch für den Antrag auf bloße Exhibition erteilt worden wäre. Endlich erklärt sich das ‚recte agetur' in D. 16, 3, 12, 2 doch wohl einfach aus demselben Gesichtspunkt wie das ‚si tamen' in fr. 5, 1 cit.: Wenn die a° sequestraria in factum selbst keine Ortsbestimmung enthielt, so konnte immerhin die Frage auftauchen, ob die Musterformel bei einer Vereinbarung über den Exhibitionsort noch brauchbar sei, wenn nicht an diesem Ort geklagt wurde. Und daß dieser Fall bei Pomp. fr. 12, 2 cit. wohl vorlag, zeigt die Gegenüberstellung der a° de eo quod certo loco, Pomp. fr. 699.

treten. Auch der Text hat durch édit seine abschließende Form gefunden. D. 19, 3, 1 pr., itp., beweise doch, daß die a° praescriptis verbis der Klassiker an die ediktale Formel der a° de aestimato anknüpfte. Nur diese, insbesondere keine für den Tausch, war proponiert (so schon die 1. Aufl.). Unsere Nachrichten über die a° de praescriptis verbis können zur Rekonstruktion der a° de aestimato verwendet werden. Der Ausdruck a° praescriptis verbis wie der Ausdruck incerti civilis actio werden als klassisch erklärt (mit Naber gegen Gradenwitz)[1], dagegen ist der Ausdruck a° in factum civilis byzantinisch (nach v. Pokrowsky).[2])

§ 113. Die Rubrik ‚de soluto matrimonio' ist bis auf eine Einleitung, die Esmeins Hypothese über die ältere Entwickelung der a° rei uxoriae erwähnt, im wesentlichen seit der 1. Aufl. erhalten geblieben. Nur wird als Beleg zur conceptio in bonum et aequum jetzt auch D. 31, 53 pr. erwähnt. Als zweiter Fall fiktizischer Fassung der a° rei uxoriae wird D. 24, 2, 5 angemerkt; die angebliche fictio in P. Cattaoui (BGU. 114, 5) ist mit den meisten abgelehnt. Die bisherige Formelrekonstruktion wird seit édit gegen Karlowa verteidigt. Dabei fällt auf, daß L. jetzt noch deutlicher als in der 1. Aufl. mit der Anschauung operiert, daß die Aktivlegitimation wie die Retentionen bei der a° rei uxoriae durch Gesetz positivrechtlich festgestellt seien (295, 2. 296, 6). Die heut vorwiegende Anschauung[3]) denkt hier bekanntlich an eine sehr alte prätorische Praxis, durch welche allmählich ebenso ein civiles ‚reddere oportere' entstanden sein könnte wie für die b. f. iudicia das ‚dare facere oportere'. Diese Lehre kommt jedenfalls leichter als L. mit der Notiz bei Boeth. in Cic. topic. 17, 66 aus, wo deutlich die retentio sextantis auf das aequius melius gestützt wird. Daß hier keine juristische Quelle zugrunde liege (so L.), ist doch wohl bedenklich, da schon nach Cic. top. 17, 66 selbst sichtlich aus dem quod aequius melius im arbitrium rei uxoriae die Entscheidung darüber geschöpft wird, quid virum uxori, quid u x o r e m v i r o. Mit dem Hinweis auf die Annäherung, in welcher hier die a° rei uxoriae neben den b. f. iudicia erscheint, wird man am besten Gai. 4, 62 erklären, wo nach der Lesung im C. Veron. die a° rei uxoriae geradezu als b. f. iudicium aufgefaßt wird. — Bei der Formel adiuncta filia e persona wird jetzt neu statt patri filiae v e reddi oportere (D. 24, 3, 22, 9) angeregt: patri filiae q u e reddi oportere. Durch diese Emendation wird die Schwierigkeit geringer, welche hier anscheinend darin liegt, daß die Tochter als Gläubigerin eines zivilen oportere genannt wird. L. hat allerdings diese Anschauung, welche von Bechmann vertreten worden war, von jeher bekämpft. Aber besser kann die Eigentümlichkeit, die nach

[1]) Wie Gradenwitz jetzt wieder A. Audibert, Mélanges Gérardin 35 ff. — [2]) So auch jetzt wieder A. Audibert, Mélanges Fitting. — [3]) Esmein, Nouv. rev. hist. 17, 152. 164. Girard, Manuel[4] 951 f., der allerdings die Formel erst nach der Aebutia ansetzt. Mitteis, Röm. Priv.-R. 1, 50 ff. Weniger deutlich Karlowa, Rgesch. II, 221. Pernice, diese Zeitschr. 20, 130 f. Jörs b. Birkmeyer[1] S. 156 § 106, 1 b β.

fr. 22, 9 cit. kaum zu bestreiten sein wird, von der Lehre verstanden werden, nach welcher prätorische Praxis ursprünglich außerhalb des Zivilrechtes den Rechtsschutz der Dotalklage organisierte. Sie könnte der gewaltuntertanen Tochter auch neben dem Vater eine Entscheidung über die Rückforderung der dos zugestanden haben, wie sie dem Haussohn in gewissen Fällen eigene Actio verstattete.

§ 117. Zur Rubrik ‚de agnoscendis liberis', wie L. seit édit unter Korrektur von Rg. D. 25, 3 schreibt, nahm noch édit an, das praeiudicium de liberis agnoscendis sei ein honorarisches Rechtsmittel gewesen, zu dessen Aufstellung der Prätor durch die senatusconsulta de partu agnoscendo veranlaßt worden sei. Noch im édit wurde daher das ‚praeiudicium agere' nach D. 25, 3, 3, 2 als ein agere ex senatusconsulto betrachtet. Jetzt ist dieser Standpunkt verlassen. Im Edikt habe nur das praeiudicium über die Anerkennungspflicht gestanden. Von diesem zu scheiden sei das agere ex senatusconsulto, und praeiudicium in D. 25, 3, 3, 2 beruhe auf Interpolation (so nach Karlowa). — Für die formulare Fassung des ediktalen praeiudicium wird seit édit ein Anschluß an Theophil. ad Inst. IV, 6, 13 abgelehnt. Die Überweisung der Anerkennungsfrage vor den Geschworenen in der Form des bloßen ‚an pareat' sei unwahrscheinlich, da hier ein subjektives parere zum alleinigen Inhalt der geforderten Entscheidung werde. Sonst sei das ‚si paret' Bedingung einer richterlichen Entscheidung. Trifft dieser Gedanke zu, dann wäre ein neuer Unterschied zwischen der stadtrömischen Formel und dem Prozeßprogramm des Beamtenverfahrens gefunden. Denn in diesem letzteren überläßt der delegierende Beamte oft genug[1]) nur solches subjektives parere der Entscheidungstätigkeit des Delegaten, indem er ihm im übrigen den Tenor der Entscheidung für den Fall ‚si paret' vorzeichnet. Aber vielleicht muß eben diese Tatsache die Richtigkeit von L.'s Argument in Zweifel stellen.

§ 124. In der Rubrik, die heut mit Cod. 5, 51 ‚arbitrium tutelae' überschrieben wird, steht eine neue Bemerkung zur a° contraria voran: nach dem „freilich nicht unverdächtigen" Eingang von Ulp. D. 27, 4, 1. Cod. 8, 35, 3 wird eine formula in factum concepta neben dem b. f. iudicium vermutet. Für deren Fassung wird ein ‚abesse [sc. pecuniam]' abgelehnt; dagegen sei wahrscheinlich, daß die intentio ein ‚impensum esse in rem pupilli' enthielt. Die Formeln aus der cura werden seit édit im Anschluß an Alibrandi beurteilt. Die Klassiker hätten für und gegen den curator nur die a° negotiorum gestorum erteilt, vielleicht aber die Eigenschaft der Partei als curator im einzelnen Fall doch irgendwie bezeichnet. Diese Vermutung leuchtet ein, wenn wir gewisse Sätze des Tutorenrechtes wie das prätorische Dekret über

[1]) Vgl. das ἐὰν φανῇ oder ähnlich in dem Bescheide des Präfekten BGU 136, 24, wie in dem von Gradenwitz, Einführung 14 rekonstruierten Programm in Oxy. 37. Ferner fürs Reskriptenverfahren: D. 37, 9, 1, 14. Cod. 2, 4, 3.

Alimentenersatz, auf die cura übertragen finden, vgl. Fragm. Cantabrig. bei Sachau, Syrische Rechtsbücher I p. 197f. und dazu R. II 152, worüber Ref., diese Zeitschrift 28, 438f.

§ 127. Die Wahrung der Subsidiarität der a° subsidiaria wird jetzt nicht mehr in der Fassung der Formel gesucht, sondern mit den Straßburger Fragmenten aus Ulpians Disputationen nur der causae cognitio des Magistrates zugeschrieben.

§ 128. In den allgemeinen Bemerkungen zu den actiones aus dem furtum wird die Frage neu aufgeworfen, ob es ein verheißendes Edikt zur a° arborum furtim caesarum gab. Zur a° furti concepti wird deren Erwähnung in Cod. 7, 11, 8 und der entsprechenden Basilikenscholie registriert. Zur a° furti nec manifesti und dem Nebeneinander von Täter und Anstifter in ihrer Musterformel wird jetzt neu auf zwei Basilikenscholien verwiesen. Die intentio der a° wird auf einen Zwölftafeltext: ‚pro fure damnum decidito‘ oder ‚damnum decidito‘ zurückgeführt (mit Hitzig), anstatt auf ein ‚duplione damnum decidito‘. Die eigentümliche taxatio, welche in dieser Formel das Urteil ergehen läßt auf das Doppelte des vom Kläger beschworenen Wertes „oder auf mehr“, war von der 1. Aufl. in der condemnatio gesucht worden. Seit Zachariae auf das schol. Steph. in Bas. XXII 6, 9 aufmerksam gemacht hatte, nimmt L. an, diese taxatio habe in der demonstratio derart gestanden, daß neben dem gestohlenen Gegenstande der Wert mit dem Zusatz plurisve oder daß die gestohlene Geldsumme mit dem Zusatz pluresve stand.

§ (131). Bei der a° de tigno iuncto handelt es sich noch immer um die Frage, ob die Formel selbst ausdrücklich vom tignum f u r t i v u m sprach. Früher verneint, wird dies jetzt angenommen. Die Auffassung von D. 24, 1, 63 hat dabei durch die verschiedenen Ausgaben gewechselt. Die 1. Aufl. suchte den überlieferten Text zu verstehen, édit nahm mit Riccobono ein umfangreiches Glossem an, das in den klassischen Text eingedrungen sei, die 2. Aufl. versucht jetzt durch Emendation zu bessern, ohne doch auch die Annahme eines langen Glossems vermeiden zu können. Vgl. jetzt schon den Widerspruch Riccobonos, bullettino a. a. O. p. 99.

§ (132). Die condemnatio der a° furti manifesti war von der 1. Aufl. nach D. 50, 16, 193 gebildet worden: quanti eam rem paret esse. . . . Heut wird die Beziehung des Fragmentes bezweifelt und ein enger Anschluß an die a° furti nec manifesti für wahrscheinlich gehalten.

§ (138). Das Edikt quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur war schon in der 1. Aufl. als teilweis interpoliert erkannt worden. édit trat einen überzeugenden Beweis dafür an, daß nur die Worte der Rubrik echt sind. Die Kompilatoren fügten die Beziehung auf das damnum iniuria datum in die Kommentare ein, wie sie andererseits im Titel de publicanis Erwähnungen des furtum interpolierten.

§ 140. Die a° de operis libertorum wird seit édit wie von Demelius nach dem Muster der a° certae pecuniae creditae mit einer

formula in ius concepta gebildet. Die Meinung Segrès, der daneben auch eine formula in factum concepta aus der eidlichen Zusage der operae vermuten wollte, bleibt abgelehnt.

§ 142. Zur fiktiven Fassung der Klausel, welche die bei der Erbeinsetzung übergangenen liberi, insoweit sie nicht sui waren, zur bonorum possessio contra tabulas berief, sind seit édit die Belege vermehrt; neu wird jetzt eine Klausel vermutet, welche diese Berufung an die Bedingung knüpft: si in aliena familia non erunt. Daß L. jetzt in Gai. II, 135 mit Inst. 2, 13, 3 v[ero] statt v[el] lesen will, ist doch vielleicht sprachlich bedenklich: der justinianische Redaktor strich in den Institutionen ‚nominatim vel‘ und gewann so erst den logischen Gegensatz, den er mit ‚vero et‘ stilistisch betonte. Im übrigen wird in der Rubrik die ausdrückliche Erwähnung der liberi instituti, welche in der Klausel commisso per alium edicto statthatte, neu auf D. 37, 4, 14 pr. begründet. Die postumi seien nicht besonders zur b. p. c. t. zugelassen worden. Zwar sage schol. in Bas. XXXIX, 1, 6 dies, aber D. 37, 4, 1, 2 spreche dagegen. Zu allen Fragen dieses wichtigen Ediktstitels vgl. die weiter führenden Darlegungen von Moriaud, De la simple famille paternelle, Genève 1910, p. 144 ss.

§ 143. Das Edikt, welches einen Zwang gegen den prätorischen Noterben zur Leistung gewisser Legate verhieß, dürfte, wie jetzt mit Alibrandi angenommen wird, ein ‚(legata praestare) cogam‘ versprochen haben.

§ 144. Der Fall, daß der kollationspflichtige emancipatus die collatio verweigerte, soll im Edikt nicht ausdrücklich geregelt worden sein. Wie verhält sich zu dieser durch alle Auflagen vertretenen Meinung D. 36, 3, 5, 1? Nach diesem Fragment besteht eine ‚forma iurisdictionis‘ für den Fall, daß der emancipatus zur Stellung der Kollationskaution unvermögend ist. Die 1. Aufl. machte zwischen diesem Falle und einer sonstigen Verweigerung der Kaution keinen Unterschied und faßte die ‚forma iurisdictionis‘ als außerediktale Praxis. édit meinte, in fr. 5, 1 cit. sei eine im Edikt proponierte cautio erwähnt, die eventuell — bei Unfähigkeit des Kollationspflichtigen zur Kaution — seitens der zur Forderung der collatio berechtigten Personen über die Restitution des Erbteils geleistet werden sollte. Die Proponierung dieser cautio habe jeden Fall der Kautionsverweigerung treffen wollen. Die 2. Aufl. vertritt jetzt eine neue und nach den Worten wohl am nächsten liegende Auffassung: während allgemein die Weigerung des Kollationspflichtigen, zu kavieren, nicht geregelt war, soll der Fall, daß der Kollationspflichtige nicht kavieren kann, im Edikt geordnet worden sein.

§ 146. Daß die Ediktsworte de coniungendis cum emancipato liberis eius wörtlich in D. 37, 8, 1 pr. erhalten sind, wird nach Alibrandi jetzt auf schol. in Bas. XLV, 1, 5 gestützt.

§ 155. Der Interpolationsverdacht, den v. Velsen gegen Gaius D. 29, 1, 2 ausgesprochen hatte, wird abgelehnt.

§ 156. Nach Alibrandi wird in der Rubrik unde liberi nun eine besondere Klausel über die b. p. ab intestato des Patrons contra suos non naturales vermutet (arg. Gai. 3, 41).

§ 161a. Nach der Rubrik ‚unde vir et uxor‘ ist auf Alibrandis Anregung eine Klausel eingeschoben, in welcher der Prätor den postumi irgendeiner der Intestatklassen Schutz verheißt, resp. für die ungeborene Leibesfrucht missio ventris nomine verspricht. Diese Klausel ist durch schol. 1 in Bas. XXXIX, 1, 6 bezeugt, und auf sie bezieht sich nunmehr ungezwungen das Fragment D. 37, 9, 7, das schon in der 1. Aufl. scharfsichtig als Bemerkung zu allen Intestatklassen gekennzeichnet worden war (1. Aufl. 287, 5). Anders Moriaud a. a. O. p. 152.

§ 171. Zur cautio usufructuaria wird seit édit nach D. 7, 1, 13, 2 betont, daß der Eigentümer zur Geltendmachung seiner Ersatzansprüche gegen den Usufruktuar neben der cautio auch eine Klagformel gehabt habe, die vielleicht (schol. Steph. ad Bas. h. l.) arbitraria war.

§ 175 wird jetzt zum Edikt de damno infecto im Gegensatz zu früher vertretenen Anschauungen angenommen, daß der Prätor auch über das opus quod in via publica fiat ediziert habe (arg. aus D. 39, 2, 15, 9).

§ 176. Unter der Rubrik ‚de aqua‘ schließt sich jetzt L. der Interpolationsbehauptung Perozzis zu D. 8, 5, 10 pr. an. Während noch édit die in D. 43, 8, 5 bezeugte a° ex lege duodecim tabularum auf die Formel der a° aquae pluviae arcendae bezog, wird mit Hinweis auf Karlowa diese Frage jetzt offen gelassen. Auch das korrupte ‚carveatur‘ jenes Fragmentes wird jetzt nicht mehr in ‚arceatur‘ emendiert.

§ 177. Zur a° aquae pluviae arcendae wird auch heut D. 39, 3, 2. 8 als Beleg dafür aufgeführt, daß die Berücksichtigung der vetustas hier an das ‚si paret factum esse‘ anknüpfte. Ref. hat (longi temporis praescriptio S. 97) darzulegen versucht, daß die Berücksichtigung der vetustas dort, wo sie die Wiederherstellung der normalen Vorflutverhältnisse begründen soll (D. 39, 3, 1, 23. fr. 2 pr. § 7), an das ‚arcere oportere‘ angeknüpft worden sein muß. Der von L. zitierte § 8 ist nach dem Zusammenhang mit § 7 nicht auf ein opus factum, das durch die a° aqu. pl. arc. beseitigt werden soll, sondern auf eine Anlage zu beziehen, auf deren Wiederherstellung geklagt wird. Gegen den fassus se dominum esse wird jetzt eine passivische intentio, ähnlich der oben zu § 58 besprochenen angenommen.

§ 178—182. Der Titel ‚de liberali causa‘ zeigt im wesentlichen noch die Darstellung der 1. Aufl., nur wurde mehrfach auf Ubbelohdes und Wlassaks neue Forschungen Rücksicht genommen. So wird jetzt eine Ediktsklausel über die Fälle, in denen der Prätor den Freiheitsschutz verweigert, nach Ps. Dosith. 8 verzeichnet. Während Wlassak dem praeiudicium in Cod. 7, 16, 21 jede Beziehung auf ein formulares Gebilde bestritten hatte, wird das Wort auch jetzt wieder auf die Hauptfrage des Freiheitsprozesses (‚an liber sit‘) gedeutet und angenommen, daß praeiudicium hier statt ‚sponsio‘ interpoliert sei. Auch Wlassaks Anschauung, daß die Ordination notwendig durch cognitio

des Magistrates oder einen arbiter datus habe erfolgen müssen, wird abgelehnt. Wlassak hatte aus D. 40, 12, 24, 3 (ordinato liberali iudicio [servus] interim pro libero habetur) auf eine notwendige Verbindung von Ordinationsspruch und der einstweiligen Behandlung als Freier geschlossen und, weil diese einstweilige Freiheit notwendiges Korrelat der vor dem Magistrat zu stellenden cautio des assertor ist, den Ordinationsspruch selbst notwendig im Bereiche magistratischer cognitio gesucht. L. bestreitet die notwendige Verkettung, die so zwischen dem Entscheid über die Frage ‚an Stichus servus in libertate sine dolo malo fuerit‘ und dem Beschluß über die einstweilige Freiheit entsteht. Die ordinatio litis habe auf Grund des Geschworenenspruches durch Magistratsdekret erfolgen können. Dadurch käme tatsächlich doch wohl ein anderer Begriff der litis ordinatio heraus als der des „Gerichtsverfahrens über die Frage ‚an Stichus in libertate sine dolo malo fuerit‘ von der ersten Anmeldung in iure ab bis zur Entscheidung“. Aber auch wenn man, wie L. selbst will, diese Formulierung für den prozessualen Begriff des litem ordinare anerkennt, ist für L.'s Hypothese die Quellengrundlage nicht verloren. Cod. 7, 16, 14 spricht von einem constitui in possessionem libertatis, das auf Grund der lis ordinata erfolgt und die Behandlung als Freier begründet (Lite ordinata in possessione libertatis is, de cuius libertate quaeritur, constituitur et interim pro libero habetur). Wer die Paraphrase des Gaius zum vindicias dicere (4, 15: vindicias dicebat, id est aliquem possessorem constituebat) daneben hält, wird vielleicht aus dem diokletianischen Reskript einen klassischen Rechtszustand nachklingen hören, nach welchem ein Freiheitsdekret des Magistraten neben dem Entscheid über die lis ordinata erfolgt, der selbst auch durch praeiudicium einem Geschworenen hätte aufgetragen werden können. Immerhin ist doch wohl prozessual das einfachste, die litis ordinatio, das Freiheitsdekret, die Anordnung der Assertorenkaution als drei Handlungen zu denken, die alle dem Magistrat oder einem Delegaten desselben in cognitio zufallen. Nur aus dem praktischen Zusammenfließen von Ordinationsspruch und Freiheitsdekret erklärt sich jene in D. 40, 12, 24 pr. § 1. 3 fr. 25, 2 immer wiederkehrende Regel, daß nach der Ordination die Behandlung als Freier eintrete.

Neu wird jetzt die ständige Kautionspflicht des assertor betont. Welcher Art die ediktale Sonderbestimmung für ‚den qui voluntate domini in libertate moratus est‘ gewesen sei, — ob hier (so Wlassak) die Kautionspflicht entfiel, bleibt dahingestellt.

§ 183. In der Rubrik quod publicanus vi ademerit wird in D. 39, 4, 1 pr. das ‚furtumve‘ seit édit als itp. erklärt (vgl. oben zu § 138). Zur Musterformel wird neu vermutet, daß sie wie das Edikt als mögliche Täter den publicanus selbst und die familia nebeneinander nannte.

§ 187. Die Anschauungen der 1. Aufl. über das edictum de hominibus armatis coactisve et vi bonorum raptorum sind im wesentlichen gleich geblieben: im edictum perpetuum stand ein Edikt mit

zwei Klauseln, danach 2 formulae, ein iudicium über das damnum hominibus armatis coactisve datum, ein anderes vi bonorum raptorum. Die Darstellung im einzelnen ist seit édit verändert, mit geringen Zusätzen in der 2. Aufl.[1]) Während die 1. Aufl. annahm, daß der Begriff vis der Klausel über die gewaffnete Zusammenrottung im edict. perp. noch angehörte, wird seit édit ausgeführt, daß dort ebenso wie in D. 47, 8, 2 pr. nur das ‚dolo malo' stand, das die vis einbegriff (arg. 47, 8, 2, 8). Außer dem dolus und der Zusammenrottung war die Bewaffnung (armatisve) erwähnt; das Wort armatisve sei in D. 47, 8, 2 pr. 2. 7. 9 gestrichen. Daraus zog édit Konsequenzen für die 2. Klausel. Durch die Streichung von ‚armatisve' sei der Unterschied der vis armata und der nicht besonders qualifizierten vis beim Raub verschwunden. Und weil der Begriff vis schon in der ersten Klausel und ihren Kommentaren stand, habe er in dem Ediktstext über den Raub fallen können. Zwischen den beiden Klauseln glichen die Kompilatoren durch Verschiebung von Kommentarstücken noch weiter aus. Die Rekonstruktion des klassischen Ediktstextes stellt daher in der ersten Klausel ‚armatisve' wieder her, in der zweiten das einfache ‚vi'. Daß dieses ‚vi' nicht auch durch den Druck als moderne Rekonstruktion gekennzeichnet ist, ist Versehen.

§ 188. Für die Noxalhaftung aus der Rubrik ‚de turba' hatte die 1. Aufl. Einschreiten des Magistrates gegen den Sklaven mit Körperstrafe angenommen, wenn der Sklave nicht in solidum defendiert wurde. So wurde D. 47, 8, 4, 15 mit seiner Erwähnung der actio ‚in servum . . et in familiam' verstanden. édit betrachtete auch hier ein iudicium noxale als Form der Haftung aus dem Sklavendelikt, lehnte aber aus fr. 4, 15 cit. einen Schluß auf ediktale Verheißung ab. Jetzt bleibt L. vor den offenen Fragen stehen: Lag hier eine altertümlich formulierte ediktale Verheißung einer Noxalformel vor? oder nur außerediktale solche Praxis? oder ist fr. 4, 15 itp.? —

§ 190. Die Formel der a° iniuriarum bietet von jeher besondere Schwierigkeiten für die Rekonstruktion, da hier der ulpianische Kommentar nur sehr lückenhaft erhalten ist und andererseits die Abstellung der intentio auf bonum aequum jede Untersuchung über die formularen Voraussetzungen der condemnatio erschwert. Die Weite und Anpassungsfähigkeit dieses Begriffes hätten jede andere Erwähnung als den objektiven Tatbestand entbehrlich machen können. Wirklich kommt L. jetzt zu einer Formel, deren ediktale demonstratio vielleicht gelautet habe: ‚Quod *a* *N° N°* A° A°[2]) pugno malo percussa est *dolore malo N^i N^i factum est ut percuteretur.*' In der überlieferten demonstratio (coll. 2, 6, 4) wird also der Täter und der Anstifter ergänzt, aber das bisher festgehaltene ‚dolo malo N^i N^i' in der Bezeichnung des

[1]) In D. 47, 8, 28 vi facit statt vim facit. Zur Ediktsklausel über das iudicium noxale ist Cod. 3, 41, 3 neu bezogen. — [2]) Dieser Dativ statt A^i A^i wird sicher zu Recht emendiert, vgl. D. 47, 10, 11 pr. ‚ut cui pugno mala percuteretur'.

Selbsttäters fortgelassen. Jedenfalls fällt damit die Begründung der früher berechtigten und jetzt noch festgehaltenen Kritik, die sich gegen die intentio von Huschke und Hefke[1]) richtete: si paret Nm Nm ea re Ao Ao iniuriam fecisse. Denn die ‚absichtliche' Ohrfeige, die bisher diese intentio ausschloß, wird ja von L. selbst preisgegeben. Mit der Überlieferung kommt die Rekonstruktion hier weniger gut als sonst aus. Der ulpianische Kommentar zur Klausel ‚quantam pecuniam vobis bonum aequum videbitur' enthält keine Spur davon, daß der Begriff iniuria an das aequum bonum von der Interpretation angeschlossen sei, und D. 47, 10, 11 pr., ein Fragment, das auch L. als Bericht über den Formelinhalt anerkennt, gibt sichtlich als formularen Bestandteil das ‚iniuriam facere', das zur Bezeichnung des Selbsttäters neben dem Anstifter stand.[2]) Nimmt man hinzu, daß ein solches iniuriam facere die Formel des Ediktes an den alten zivilrechtlichen Tatbestand der iniuria anknüpfen würde, mit dem der Prätor nach Gell. 20, 1, 13. Gai. 3, 224 sein Edikt über die Schätzung der iniuria in Geld verband, — erwägt man, daß eine solche Klausel ermöglichen würde, die demonstratio genau so beizubehalten, wie sie überliefert ist[3]), so dürfte der Zweifel gegen L.'s jetzige Rekonstruktion hinreichend begründet sein.

§ 198—201. Das Ediktsrecht über Personalexekution ist sachlich noch wie in der 1. Aufl. dargestellt; nur hat die Gliederung durch édit und die 2. Aufl. eine Entwickelung erfahren. Wo die 1. Aufl. 2 Titel, einen ‚qui nisi sequentur ducentur' (XXXVI) mit den Rubriken ‚de iudicatis', ‚de confessis et indefensis', ‚de his qui pro iudicato habentur' und einen 2. Titel ‚qui neque sequantur neque ducantur' (XXXVII) enthielt, sind jetzt drei kurze Titel angenommen: XXXVI erörtert unter der Überschrift ‚de re iudicata' die ductio des iudicatus; XXXVIa ist ‚de confessis et indefensis' überschrieben; XXXVII hat den alten Namen behalten. Die besondere Klausel über die ductio aus dem Spruch im Beamtenverfahren ist auf Eiseles Widerspruch gefallen. Mehrere früher vorgetragene Anschauungen sind umgestaltet. Noch édit hatte gegen Nabers Widerspruch daran festgehalten, daß der indefensus ductus nicht nachträglich noch die defensio übernehmen konnte. Jetzt wird das frühere argumentum e contrario aus Dig. 42, 3, 3; 5 verworfen und jene Berechtigung zur nachträglichen Defension angenommen. Dabei wird die ductio gegen einen confessus oder indefensus bei actio auf incertum oder certa res nur insoweit für möglich

---

[1]) Daß L. meine Ausführungen (Schriftformel 40) auf derselben Linie nennt, ist mißverständlich. Ich bezweifele nicht nur die ‚absichtliche' Ohrfeige in der früheren demonstratio L.'s, sondern jede Nennung des Täters in der demonstratio. — [2]) Anders und unrichtig meine ‚Schriftformel' 41. — [3]) Schon die lex Cornelia, D. 47, 10, 5 pr. fand hier augenscheinlich eine Formel vor, deren demonstratio ganz wie die in Collatio 2, 6, 4 überlieferte nur das nomen iniuriae nannte, über das sich der Kläger beschwerte. Coll. 2, 6, 3 sagt ja deutlich, daß das Edikt mit dem ‚certum dicat quid iniuriae factum sit' eine Weisung über die Fassung des Formelentwurfs enthielt, welchen der Kläger dem praetor zur Genehmigung präsentierte.

gehalten, als die Schuld auf einen bestimmten Geldbetrag fixiert werden konnte. Den dunklen Inhalt des Titels qui neque sequantur neque ducantur sucht L. jetzt nicht mehr in einer Bestimmung, welche Ausnahmen von der Pflicht, der ductio sich zu unterwerfen, enthielt. Seit édit verzichtet L. auf eine Hypothese über die juristische Tragweite des Titels. Jedenfalls habe sie, nach dem Texte der Rubrik Re bei Gai. D. 50, 16, 48 zu schließen, sich nicht auf solche rechtliche Ausnahmen von der Personalexekution bezogen, sondern eine unbekannte Regelung für den Fall enthalten, daß der Gläubiger trotz der addictio den sich sträubenden Exekuten nicht zwangsweise festnimmt. Nach eben jenem Gaius-Fragment zu schließen, wäre daneben auch der Fall behandelt gewesen, daß der Gläubiger den Exekuten verhaftete, aber nachträglich aus dem Personalarrest entließ. Kurz, die dunklen Fragen des klassischen Rechtes der Personalexekution mögen hier ihre Behandlung gefunden haben.

§ 202. Analog der jetzt vorgetragenen Lehre für die ductio des indefensus wird heut für die missio in bona gegen den confessus, der nicht certa pecunia anerkannt hatte und deshalb dem Vermögensarrest verfiel, die nachträgliche defensio als möglich betrachtet. Seit édit wird in dieser Rubrik das Urteil der extraordinaria cognitio in seiner Bedeutung als Vollstreckungstitel einer ediktalen Vermögensexekution erläutert. Zu dieser Frage werden jetzt die beiden Fragmente aus Ulp. ad ed. 59, D. 42, 1, 5. D. 50, 16, 46 pr. gezogen, die von der 1. Aufl. zur gleichen Frage der Personalexekution gestellt worden waren. Diese ältere Meinung war auf Eiseles Widerspruch im édit aufgegeben und gleichzeitig die ars ignorandi über die ediktale Anknüpfung der beiden Fragmente proklamiert worden. édit zeigt zugleich, wie L. zu der neuen Anschauung kam, daß der Spruch der Beamtenkognition notwendig in der Rubrik über die missio in bona erwähnt worden sein müsse: durch die praktische Erwägung, die Konkurse im prätorischen Jurisdiktionsbezirk hätten notwendig in einer Hand vereinigt sein müssen. Dieselbe Verschiebung von der Rubrik der Personalexekution zur Vermögensexekution hat jetzt das Fragment D. 42, 3, 4 erfahren, das noch in der Palingenesie zur Personalexekution gestellt war.

§ 225. Die wenigen Einzelheiten, welche im Abschnitt über das prätorische Konkursrecht und das Aktionsrecht des bonorum emptor mit Rücksicht auf die Literatur verändert sind, treten hinter der Umgestaltung der Rubrik über die Anfechtung der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners im Konkurse zurück. Die Wandlung, welche die Anschauungen L.'s über dieses Edikt erfahren haben, sind bekannt. L. selbst hatte schon 1903 in der Straßburger Festgabe für Schultze die These ausführlich begründet, daß der Prätor im Titel über den curator bonorum diesem eine in integrum restitutio verhieß, neben welcher eine a° rescissoria in rem zur Anfechtung von Veräußerungen des Kridars gegen den wissenden Dritterwerber proponiert war. Der Angriff Solazzis auf diese Lehre hat nunmehr zu einer leichten Veränderung der Darstellung geführt, die der anschaulichen Darlegung

des Anfechtungsverfahrens zugute kommt. Die Anfechtung der in fraudem creditorum vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird in der Regel erst nach erfolgter bonorum venditio [nur bei Gefahr im Verzug causa cognita auch schon vorher?] vor den Prätor gebracht; der curator bonorum bleibt zu diesem Zweck in seinem Amt, ja mitunter wurde er vielleicht erst aus diesem Anlaß ernannt. Der Anfechtungsprozeß erfolgt zugunsten der zugeschlagenen bona, und die Aussicht auf die Vermehrung der Masse durch die Anfechtungsprozesse soll günstig auf die Erhöhung der Gebote wirken. So ist die Gesamtheit der Gläubiger am Ausgang der Anfechtung interessiert, und diese Tatsache gibt im Verein mit der Überlieferung (D. 42, 8, 1 pr.) Aufschluß über die Fassung des Restitutionsversprechens: der Antrag auf die Restitution muß wirklich dem curator zugestanden haben, aber er kann nicht jedem einzelnen Gläubiger offen geblieben sein, wie es der verdächtige Satzteil in fr. 1 pr. cit. sagt. Der Kurator vollzog ähnlich wie ein cognitor an Stelle der Gläubigerschaft mit den rescissorischen Formeln die Litiskontestation. Daß er selbst an Stelle der Gläubiger Eigentum erwarb, während jene selbst an Sachen des Schuldners das Eigentum nicht erhalten, kann keinen Anstoß erregen. — Während L. insoweit seine frühere Lehre vorträgt, hat er der Kritik Solazzis in der Auffassung der Ediktsklausel nachgegeben, in welcher der Prätor verheißt: idque adversus ipsum qui fraudem fecit servabo. In der Abhandlung und noch in édit war vermutet worden, der Prätor habe mit diesen Worten vielleicht eine a° in factum gegen den fraudator auf einen etwa in seiner Hand verbliebenen Entgelt der fraudulosen Veräußerung gegeben. Die ausdrückliche Verheißung der actio sollte in dem dunkelen Satze gestrichen sein. Heut wird eine wohl glücklichere Erklärung in dem unmittelbaren Anschluß der fraglichen Worte an die Verheißung der restitutio in integrum gesucht. Weil die Restitution nur die actio gegenüber dem wissenden Dritterwerber wirksam werden läßt, bedarf es eines besonderen prätorischen Einschreitens, um ihr Wirkung auch gegen den fraudator selbst zu verleihen. Diese Wirkung sei z. B. wertvoll gewesen, wenn die veräußerte Sache sich in der Hand des fraudator selbst befand und dieser sie dem bonorum emptor wie den Gläubigern als Eigentum eines Dritten vorenthält. Der Nachweis des iudicium rescissorium, die Erörterung zum Namen a° Pauliana erfolgen in der bekannten Weise, nur ist bei der Verteidigung von L.'s Formelentwurf des iudicium rescissorium eine ausdrückliche Ablehnung von Solazzis Rekonstruktion hinzugetreten. Seit édit wird betont, daß regelmäßig der Prätor selbst über den Restitutionsgrund und damit über die Fraudierungsabsicht des Kridars wie über die fristgerechte Einleitung des Restitutionsantrages erkannte, darüber also nichts in der proponierten Formel stand. Daneben sei allerdings in Einzelfall wohl auch möglich gewesen, daß der Magistrat in der Formel auch diese Fragen dem Geschworenen überwies.

§ 221. Während die 1. Aufl. die Existenz einer honorarischen Formel der a° iudicati annahm, vermutete schon édit eine zivile Formel

für das ‚iudicium legitimum‘, eine honorarische für das ‚iudicium quod imperio continetur‘. Für die letztere wird Eiseles Vorschlag jetzt als einwandfrei erklärt (s. p. N^m N^m A^o A^o H S $\overline{X}$ mihi iudicatum esse eamque pecuniam solutam non esse). Dem Spruch im Beamtenverfahren schrieb die 1. Aufl. eine besondere Formel der Nichtigkeitsbeschwerde zu. Schon édit nahm mit Eisele an, daß der Prozeß über Gültigkeit eines Urteils in der cognitio extra ordinem auch durch Beamtenverfahren erledigt wurde.

§ 227—246. Im Titel der Interdikte sind zunächst einige veränderte exegetische Bemerkungen zu einzelnen Quellen hervorzuheben: das Zugeständnis, daß D. 43, 3, 2, 4 ebensowohl auf das interdictum quod legatorum selbst wie auf seine formula arbitraria gehen könne. Damit entfällt wohl die Interpolationsbehauptung ad Paul. D. 43, 3, 2, 4 (Paling. I, 1081 n. 5). Zu D. 6, 1, 45, dessen Zusammenhang mit dem ‚interdictum quam hereditatem‘ schon die 1. Aufl. vermerkte, wird seit édit die Anleitung gegeben, unter ‚post litem contestatam‘ das interdictum editum zu verstehen. Die 1. Aufl. bezog die Worte auf die Litiskontestation der formula arbitraria, und dieser Gedanke wurde wohl angesichts von Stellen wie D. 43, 1, 3. D. 43, 3, 2, 4. D. 43, 16, 1, 40. D. 43, 26, 8, 4. 6 aufgegeben. Aber darf man annehmen, daß ein klassischer Jurist das interdictum editum, also den einseitigen Antrag des Klägers auf Erlaß eines von ihm erbetenen Interdiktes, mit dem Namen des Prozeßvertrages belegt hat? — Sollte die Erwähnung der lis contestata nicht am wahrscheinlichsten so zu erklären sein, daß die Kompilatoren, welche dem Fragment die Beziehung auf die rei vindicatio gaben, auch den Hinweis auf die litis contestatio bei der rei vindicatio interpolierten? Auf diese Weise die klassische Lehre von der prozessualen mala fides auch für die rei vindicatio festzulegen, mußte für Justinians Gehilfen um so wichtiger sein, als sonst der ganze Titel 6, 1 keinen Verweis auf diesen bei der hereditatis petitio ausgebildeten Rechtssatz enthält, nach welchem der bonae fidei possessor als mala fide possessor behandelt wird, soweit ein nach der litis contestatio eintretender Besitzverlust in Frage kommt.

§ 247. Im Text des interdictum uti possidetis wird auch heut das ‚nunc‘ nicht aufgenommen, und doch ist es für die älteren Jahrhunderte (meine Schriftformel 17), sondern auch für das edictum perpetuum durch Gaius gut bezeugt: 4, 160 uti n[unc] possidetis. § 166a: per id tempus quo interdictum redditum est. . . . 4, 150. Paul. V, 6, 1. Interessant ist, daß L. jetzt auch die einstige Existenz eines interdictum de clandestina possessione nach D. 10, 3, 7, 5 für wahrscheinlich hält. Für die Auffassung des iudicium fructuarium und in der Frage, ob D. 41, 2, 52, 2 auf die iudicia secutoria zu beziehen sei, folgte schon édit den Auffassungen Ubbelohdes. In der Beziehung von D. 41, 2, 52 pr. auf das interdictum uti utimini wird Pflüger beigetreten.

§ 248. Die Vermutung, daß das Interdictum ‚quem fundum‘ auch gegen den qui dolo fecit quominus possideret ging, könnte m. E. unmittelbar auf D. 6, 1, 52 begründet werden, wo angenommen zu sein

scheint, daß gegen den früheren Besitzer, der sich dolos seines Besitzes entledigte, ein cogere zum iudicium suscipere in rem stattfinden könne. Aber allerdings ist vielleicht der Ausdruck ,cogere' in diesem Sinne allzu anstößig. An dieser Stelle wird seit édit auch das Fragment D. 6, 1, 25 erläutert, für das L. an anderer Stelle jetzt die erlösende Deutung gefunden hat. — Zum interdictum quem usumfructum wird die Erklärung wieder aufgenommen, welche die 1. Aufl. von D. 7, 1, 60, 1 gegeben und édit der Deutung Karlowas geopfert hatte.

§ 249. Wenn der Grundstückseigenbesitzer den Besitzschutz gegen den Superfiziar geltend macht, fragt es sich, ob ein Eingehen auf den entgegenstehenden Rechtsbesitz des Superfiziars in einem Verfahren aus interdictum uti possidetis möglich ist. D. 43, 17, 3, 7 sagt bekanntlich im ulpianischen Kommentar zum interdictum uti possidetis: dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis: sed praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis: et ita Pomponius quoque probat. Die 1. Aufl. und jetzt wieder die 2. denkt an eine unveränderte Anwendung des interdictum ,de superficiebus'. Der Text wolle nur besagen, daß das interdictum uti possidetis verweigert und nur das interdictum de superficiebus erteilt werde. Aber die Deutung der ulpianischen Worte bleibt dann doch wohl unzureichend. Denn einmal steht die Stelle im Kommentar zum ,uti possidetis' und andererseits wird deutlich — und nicht nur hypothetisch in einer Auseinandersetzung, ob das interdictum zu erteilen sei — gesagt, daß der Eigenbesitzer des Bodens gegen jeden andern und auch gegen den Superfiziar kraft Interdiktstextes überlegen sein wird; nur solle der praetor den Superfiziar nach Maßgabe der lex locationis vor den gefährlichen Fragen dieser Überlegenheit schützen. L. selbst hat in édit auch an eine Verwendung des uti possidetis gedacht, welche dem iudex neben der possessio die quasi possessio des Superfiziars zur Beurteilung stelle. Aber in welcher Weise die quasi possessio des superficiarius — die als Quellenbegriff ja höchstens aus D. 8, 2, 20 pr. erschlossen werden könnte —, im Interdikt oder in den Formeln hätte zum Ausdruck gelangen sollen, darüber wurde keine Vermutung gewagt. Ein einheitlicher Begriff wie das uti . . . possidetis beim Vulgaredikt oder das uti . . . fruimini si alter usum fructum, alter possessionem defendat (D. 43, 17, 4), ist kaum auszudenken. — Würde man den Worten in fr. 3, 7 cit. nicht besser gerecht, wenn man annähme, es habe allerdings zu einem solchen interdictum uti possidetis des Eigenbesitzers gegen den Superfiziar kommen können, aber der Prätor habe nach Meinung der Juristen dann den Superfiziar ausdrücklich secundum legem locationis von der Wirkung des Interdiktenbefehls ausnehmen sollen, resp., wenn das Interdikt ohne exceptio erteilt war, diese dann in sponsio und Formel aufnehmen lassen sollen? Vgl. die exceptio im interdictum, D. 43, 8, 2 pr. und die von Labeo für die sponsio oder die Formel aus der Sponsion besprochene exceptio D. 43, 12, 1, 16, die von Julian erörterte D. 43, 24, 7, 3. Wenn ebenso hier Pomponius und Ulpian eine exceptio

de superficie empfehlen, uud so die Frage der superficies wie gegenüber der rei vindicatio (D. 43, 18, 1, 4), so auch gegenüber dem Interdikt des Eigenbesitzers durch exceptio zur Erläuterung kam, dann schwindet die Härte, welche L. selbst mit Recht seiner alten und jetzt erneuten Lehre im édit entgegenhielt. Wenn der Eigenbesitzer gegen den Superfiziar die Erlassung des interdictum ‚de superficiebus' beantragen durfte, dann war die Frage für den Geschworenen hernach, inwieweit der Eigenbesitzer auf Grund der lex locationis sive conductionis an der superficies ein frui hatte, während doch der Besitz des Eigenbesitzers nichts mit der lex locationis zu tun hat und es sogar die Regel sein mußte, daß der Eigenbesitzer das Bestehen einer lex locationis bestritt.

§ 254. Seit édit wird auf Karlowas Anregung für wahrscheinlich gehalten, daß der Prätor auch ein interdictum de cloacis privatis proponiert hatte.

§ 255. Die von jeher zu einem interdictum transferendae possessionis des Realservituten-Prozesses gezogenen Fragmente werden auch heut noch ebenso interpretiert (zurückhaltend anscheinend Wlassak diese Zeitschrift 25, 124 A.), nur wird der Schlußsatz von D. 39, 1, 15 als nicht unverdächtig mit de Medio bezeichnet.

§ 256. Für das interdictum quod vi aut clam nimmt L. nach wie vor mit Erweiterung der Annalklausel nur den Text D. 43, 24, 1 pr. auf, der außerdem noch durch D. 39, 1, 1 belegt werden könnte. Der Prätor hätte also zum Interdiktenbeklagten gesagt: was mit Gewalt oder heimlich getan worden ist, das restituiere. Mit diesem Wortlaut war ja wohl auszukommen, wenn bei der formula arbitraria der Richter nach seinem arbitrium entschied, ob der Kläger Restitution zu beanspruchen, der Beklagte sie zu leisten hatte. Aber wie konnte dies überknappe Formular genügen, wenn der Kläger im Sponsionsprozesse behauptete, daß der Beklagte contra edictum praetoris nicht restituiert habe, und der Beklagte die Behauptung entgegensetzte, ihn treffe gar nicht der prätorische Befehl, oder der Kläger sei zur Geltendmachung des Interdikts nicht aktiv legitimiert. — ? Die Kommentare zeigen, wie alltäglich diese Fragen in dem Prozesse auf Grund dieses interdictum auftauchten, und doch hätten sie nach der Überlieferung in D. 43, 24, 1 pr. keinen formularen Niederschlag im Interdiktswortlaut gefunden. Das Interdikt ist das einzige in der Reihe der überlieferten, in welchem nicht die rechtliche Beziehung des Befehls auf den Interdiktenbeklagten in irgendeiner Weise hervorträte. Bei dem engverwandten interdictum demolitorium D. 39, 1, 20 pr. im Verfahren der operis novi nuntiatio ist die Beziehung klar durch die Erwähnung der nuntiatio missa oder remittenda; im interdictum ‚quod vi aut clam', so wie es überliefert ist, fehlt dagegen jede Andeutung des rechtlichen Grundes, aus welchem der Magistrat gerade dem Interdiktenbeklagten und gerade zugunsten des Klägers den Befehl erteilt. Auch die im gemeinen Recht viel erläuterten Fragen müssen im Interdiktenwortlaut eine Lösung oder wenigstens eine formulare Grundlage zu ihrer Erörterung gefunden

haben: darf ein frivoles Verbot des Klägers den Interdiktenbeklagten zur Restitution einer auf seinem Grundstück vorgenommenen Arbeit nötigen? Genügt eine Rechtsbehauptung des Klägers? Oder muß dieser ein Recht zum Verbot geltend machen? Wie lückenhaft sachlich der Interdiktenwortlaut ist, ist schon mehrfach betont worden (Stölzel, Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam, p. 494. Windscheid, Pandekten § 465 n. 6a. 18). Sollte diese Lücke in unserer Anschauung von der rechtlichen Wirkung des Interdikts nicht ihren Grund in einer Lücke haben, die im byzantinischen Text des interdictum quod vi aut clam klafft, dank einer Streichung der Kompilatoren?

Daß diese Lücke tatsächlich in unserer Überlieferung besteht, wird m. E. auch durch den ulpianischen Kommentar recht wahrscheinlich. Dieser beginnt zunächst nach einem Vorwort (fr. 1591 D. 43, 24, 1 pr.) mit einer Erläuterung des ‚vi aut clam factum' (h. t. fr. 1, 5—11. 1592 h. t. fr. 3. 5 pr.—§ 7). Dann folgt eine Erörterung zur Passivlegitimation bei dem Interdikt, fr. 1593, D. h. t. 5, 8—14. fr. 7 pr. § 1. Lenel faßt auch dieses Stück als Interdiktskommentar zum Wort ‚factum est' auf. Aber warum erhält dieser vage objektive Tatbestand dann die Umdeutung zu dem präzisen Haftungsgrund, den nun Ulpian bespricht? Warum wird aus ‚quod . . . factum est' der ‚Täter oder intellektuelle Urheber' (fr. 5 § 8. § 14)? Wie kommt es andererseits zur Bestimmung des Haftenden, wenn ein Stellvertreter (Sklave, procurator, tutor, curator, duumvir) im fremden Namen gehandelt hat? Wie kam man zur Haftung des Mündels, wenn der Tutor vi aut clam gehandelt hatte (5 § 12), und warum schloß man die Haftung des Tutor selbst mit dem interdictum aus, wie aus fr. 5 § 12 hervorgeht, selbst wenn man fr. 11 § 6 sprachlich verdächtig und vielleicht interpoliert findet —? Allen diesen Fragen wäre leicht eine Antwort gefunden, wenn neben dem objektiven Tatbestand (quod vi aut clam factum est . . .) im klassischen Interdikt noch ein Satz stand, der die Haftung des Interdiktenbeklagten betraf. Wie, wenn z. B. das auffallend wiederkehrende ‚mecum actio est'[1]), das kaum statt ‚interdictum' interpoliert ist, mit der Fassung des Interdikts in einem Zusammenhang stände, z. B. qua de re agitur, cuius nomine Lucio Titio tecum actio est . . . Diese Worte träfen ja den Urfall des Interdikts, wo der Eigentümer, statt die a° negatoria zu erbitten, sich gegen eine auf seinem Boden errichtete Anlage mit verbotener Eigenmacht gegen einen angeblich Berechtigten gewehrt hat, oder wenn der Grundeigentümer sich über den Eingriff eines Nachbars, der die confessoria hätte postulieren sollen, beschwert. Aber es soll nicht behauptet werden, daß die fehlende Klausel nur einen solchen Begriff enthielt und nicht statt dessen oder daneben eine all-

[1]) Fr. 5 § 11: si quid servus meus fecit, non ob id mecum actio est . . . § 12. similiter quod iussu cuius factum erit, ob id non cum eo, sed cuius nomine iusserit [haec, sicher itp.] actio est . . . et si tibi mandavero ut opus fieri iuberes et in ea re mihi parueris, mecum, inquit, non tecum erit actio.

gemeinere Wendung, welche die Ausdehnung der Passivlegitimation auf ‚cuius interest' rechtfertigte, im Interdikte stand.[1]) Ob überhaupt eine glückliche Vermutung über den fehlenden Formularteil des Interdikts möglich ist, muß nach dem Zustande der Kommentare sehr zweifelhaft sein. Nur daß die überlieferten Worte bestenfalls eine summa conceptio des Interdiktes, nicht der volle klassische Text sind, ist m. E. dringend wahrscheinlich.

§ 257. Die Bedeutung des Remissionsdekretes bei der operis novi nuntiatio, die noch im édit mit Burckhard bestimmt war, wird jetzt mit Karlowa erklärt: der Prätor erhalte die Wirkung der nuntiatio nur insoweit aufrecht, als sie auf einem ius prohibendi beruhe. Baue der Nuntiant weiter, so werde das interdictum demolitorium mit der exceptio, welche aus der lex Rubria bekannt ist, erteilt, und der Nuntiant dadurch zum Nachweis seines ius prohibendi genötigt.

§ 264. Die Rekonstruktion des interdictum utrubi wäre vielleicht anders ausgefallen, wenn L. die byzantinischen Quellen, besonders die Wiedergabe von D. 43, 31, 1 im Schol. Bas. LX p. 17, 27 (Heimb. V 592) erneut gewürdigt hätte. Dort steht das ὑμῶν, also utrubi vestrum, ebenso wie bei Pseudo-Theophil. IV, 15 § 7, so daß also wohl wahrscheinlich ist, daß vestrum im Digestentext der Byzantiner stand. Auch die Bewertung des überlieferten Textes von Gaius 4, 160 muß m. E. anders werden: apud quem mit Mommsen als Glossem zu eliminieren, geht m. E. nicht, da ja alle dem Gaius entgegenstehenden Quellen (D. 43, 31, 1. Theophil. cit. schol. Bas. cit.) auf derselben byzantinischen Überarbeitung fußen und der Interdiktstext bei Gaius sich ja ausdrücklich als bloßer Auszug (summa conceptio!) darstellt. Das hat Karlowa (Rgesch. 2, 1201) sicher mit gutem Grunde schon betont. Statt wie er zu konstruieren, nahm ich im Anschluß an Gaius (4, 150) und Paul. (V, 6, 1) schon an (Formules de procédure civile romaine rassemblées et traduites pour les besoins de l'enseignement universitaire, Genève 1909 p. 18 ss.), daß das Interdikt etwa gelautet habe: Utrubi *vestrum* hic homo, quo de agitur, *nec vi nec clam nec precario ab altero fuit,* apud quem maior*e* part*e* huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vi*m* fieri veto. Nur durch diese grammatische Beziehung von is auf apud quem wird der Satz des interdictum utrubi grammatisch korrekt. In dieser Anschauung war ich mir auch mit P. Moriaud-Genf einig.

§ 266. 267. Zum interdictum Salvianum und der a° Serviana und quasi Serviana fallen nur einige unbedeutende Veränderungen mit Rücksicht auf die Arbeiten von Herzen und Manigk auf (471, 16. 474, 1).

§ 268. Auch die Rekonstruktion und Erläuterung des interdictum fraudatorium steht jetzt im Zeichen von L.'s neuen Forschungen über die Anfechtung der vom Gemeinschuldner in fraudem creditorum vorgenommenen Rechtsgeschäfte. Auch hier hatte sich die Darstellung

---

[1]) Fr. 11 § 1. § 10. § 12. § 14. fr. 13 § 3. 4. fr. 16 pr. Wie oft das cuius interest hier auf Interpolation beruhen mag, muß dahingestellt bleiben.

gegen den Angriff Solazzis zu wehren und — abgesehen von Einzelheiten — ist L. auch hier zu einer einleuchtenden Auffassung des prozessualen Vorganges gelangt: der einzelne Gläubiger erwirkt das Interdikt, welches dem wissenden Dritten Restitution des fraudatorischen Erwerbs an die Masse auferlegt. Restituiert der Anfechtungsgegner nicht, so kann der Interdiktenprozeß zu seiner Verurteilung auf das Interesse führen, welches der Kläger daran hat, daß er aus der Verwertung der Sache einen Erlösanteil erhält: es kommt also, und diese Analogie ist interessant, zu einer Verurteilung auf quanti actoris intersit, ganz wie bei den Popularinterdikten. Die formula arbitraria aus dem Interdikt ist wahrscheinlich die klassische a° Pauliana.

Bisher hatte L. (auch in édit 2, 246, vgl. 2, 181) nach D. 42, 8 fr. 10, 24 angenommen, daß der Prätor auch gegen den fraudator selbst eine a° auf ‚id quod ad eum pervenit' neben dem Interdikt proponiert habe. Seit Solazzi widersprach, vermutet L., daß die Stelle von den Kompilatoren gekürzt ist und eine Ediktsbestimmung betraf, welche den Anfechtungsgegner haftbar machte, soweit die Bereicherung nicht an ihn, sondern dolo eius an einen anderen gelangt war.

§ 271. Der Widerspruch gegen eine im Edikt proponierte exceptio cognitoria ist seit édit aufgegeben. Den Schluß dieses § bildet seit édit eine Bemerkung über andere exceptiones, welche einen Mangel der aktiven oder passiven Sachlegitimation geltend machten.

§ 272. Daß gerade dem argentarius aus Auktionsverkäufen die exceptio redhibitionis entgegenstand, vermutete schon die 1. Aufl. Jetzt gewinnt L. dafür eine schöne Bestätigung durch den Hinweis auf D. 44, 4, 5, 4, wo deutlich der argentarius durch Interpolation aus dem klassischen Texte verschwunden ist.

§ 273. Die ältesten Spuren der longae possessionis praescriptio werden jetzt in der Zeit der Severe gefunden, und die Vermutung über den Ursprung des Institutes in Provinzialedikten ist gefallen. Zur exceptio annalis Italici contractus ist auf L.'s Auslegung zum Straßburger Fragment von Ulpians Disputationen verwiesen, nach welcher sie eine Verjährungseinrede gegenüber der Pfandklage aus einem pignus in Italia contractum gewesen sein dürfte. Dabei wird als ‚Parallele' zu diesem Institut gleichzeitig die fünf- oder zehnjährige Verjährung in P. Fior. 61 erwähnt. Zur Sache vgl. jetzt Wilcken, Arch. f. Pap.-Forschung 4, 447 f. Mit stadtrömischem Recht hat diese 5/10 jährige Präklusion kaum etwas zu tun; auch Mitteis, Röm. Priv.-R. 1 S. 21 Note scheint vielmehr an hellenistische Vorlagen zu denken. Aber in einer anderen Beziehung, als Seitenstück zur longi temporis praescriptio, ist diese Verjährung der ägyptischen Statthalteredikte interessant: die longi temporis praescriptio läuft 10 Jahre inter praesentes, 20 inter absentes. Ich hatte versucht nachzuweisen (longi temporis praescriptio 49 f.), wie dabei für die klassische Zeit der Gedanke der Anwesenheit beider Parteien am Gerichtsort eine Rolle spielte, und schon auf die Definition der absentia bei Ulp. D. 50, 16, 199 hingewiesen. Jetzt liegt derselbe Gedanke, wenn man die Worte in P. Fior. mit

Wilcken versteht, dort klar zutage. Die kürzere Frist gilt nur für Ansprüche in den Konventsstädten, „wo Konvente und dazu erscheinende Statthalter sind".

§ 275. Zur exceptio rei iudicatae vel in iudicium wird L.'s Lehre von der Einheit dieser exceptio mit der Einschränkung vorgetragen, welche schon édit mit Rücksicht auf Gaius von Autun 110 gemacht hatte: also das proponierte Formular umfaßte die res iudicata wie die res in iudicium deducta; Zweck und Recht der exceptio sind stets gleich, wenn auch im Einzelfall mit Rücksicht auf die Umstände des einzelnen Prozesses der Magistrat eine oder die andere Klausel in der Formel fortlassen konnte. Dafür werden auch heut die bekannten und wohl durchschlagenden Beweisgründe aufgeführt: der Sprachgebrauch des Gaius, das Thalelaeus-Scholion in Bas. XVII, 2, 3, endlich die Anlage der Kommentare. Nur die Frage, warum überhaupt die res iudicata bei dieser doch wesentlich die Litiskontestationswirkung betonenden exceptio genannt ist, wird durch eine neue Ausführung beantwortet. Von jeher war die Bedeutung der Worte für diejenigen Fälle hervorgehoben worden, in welchen erst die res iudicata den Umfang der Konsumptionswirkung klar erkennen läßt. Daneben versuchte L. im édit eine historische Erklärung: die Generationen, welche für die Konsumption den formularen Ausdruck in der exceptio fanden, hätten vielleicht den Terminus gewählt: rem esse in iudicio, und bei Berufung auf einen durch Urteil abgeschlossenen Prozeß sei daneben die Erwähnung der res iudicata nötig gewesen. Letztere sei im Formular verblieben, selbst als man die ‚res in iudicium deducta' statt das ‚rem esse in iudicio' in die Formel aufgenommen hatte. Heut verwirft L. diese Erklärung als zu künstlich. Jetzt findet sich neu der Gedanke: auch in Rom habe das natürliche Gefühl das einmal ergangene Urteil als den Akt betrachtet, welcher die Prozeßfrage endgültig für den prätorischen Rechtsschutz erledige. Dieses natürliche Empfinden, nicht die theoretische Erwägung über die konsumierende Kraft der Litiskontestation habe die Formulierung der exceptio beeinflußt. Was in der Menge der Fälle den Prozeß erledigt, sei in die exceptio der erledigten Sache aufgenommen worden. Dem juristischen Gesichtspunkt der Konsumption sei Rechnung getragen worden, indem man neben der res iudicata alternativ auch die res in iudicium deducta berücksichtigte.

Mit dieser Ausführung wird wohl ein neuer Gedanke in die Diskussion geworfen. Bisher war die Erörterung von der Anschauung geleitet, daß sich der Prätor notwendig an die zivilrechtliche Konsumptionslehre geklammert habe, als er das Formular der exceptio r. i. v. i. i. d. bildete. Aus diesem Gedanken war Eiseles Hypothese über die ursprüngliche Anwendung der exceptio rei in iudicium deductae im iudicium legitimum geboren, und L.'s eigene Anschauung stand noch in édit auf diesem Boden; ja, eine Autorität wie Pernice[1]) meinte

[1]) Diese Zeitschrift 5, 39.

sogar, der Gedanke der Rechtskraft des Urteils trete im römischen Prozesse „bekanntlich nur vereinzelt“ auf. Auch heute wird die exceptio rei iudicatae vel in iudicium wesentlich als eine exceptio gedacht, welche „stets lediglich die Wirkung der Litiskontestation geltend macht.“ Aber für die geschichtlich erste Formulierung der exceptio findet L. einen anderen Gedanken maßgebend als die juristische Erwägung. Diese Anschauung wird sich auf eine Erscheinung berufen können, die meist übersehen wird, wenn man die älteren Quellenbelege für die Betonung der res iudicata sammelt. Wenn der römische Senat bei seiner Schiedstätigkeit zwischen griechischen Städten die Heiligkeit der einmal getroffenen Entscheidung betont, spricht immer das ‚natürliche Gefühl‘, das L. dem Prätor zuschreibt, der das Formular der exceptio der einmal erledigten Sache prägte. Schon im 2. Jahrhundert a. C. heißt es in jenen Inschriften mehrfach: das einmal gefällte Urteil ist zu achten.[1]) Ein strenger juristischer Schluß ist aus dieser Tatsache natürlich nicht auf die älteste Geschichte unserer exceptio zu ziehen. Aber wer beobachtet hat, wie oft in diesen völkerrechtlichen Schiedsverfahren die Worte der zivilprozessualen Formeln anklingen, wird die Tatsache wenigstens registrieren.

Der praescriptio ‚de eadem re alio modo‘, die oft mit unserer exceptio in Zusammenhang gebracht worden war, spricht L. jetzt jede prozessuale Bedeutung ab. Ähnlich wie früher schon Alibrandi vermutet jetzt L., daß jene praescriptio nur eine Überschrift im Formelentwurf war, welcher sich der Kläger — vielleicht auch der Prätor — bediente, wenn für denselben Klaggrund mehrere Formeln zur Verfügung standen und die Schemata nebeneinandergestellt wurden, cf. auch die Wendung bei Gai. IV, 60.

§ 280. Zur Fassung des vadimonium ist nach wie vor ein Schluß aus den gräko-ägyptischen Urkunden abgelehnt, welche Wenger in dieser Kategorie der Vadimonien stellte. In édit fragte L., ob das ägyptische Formular notwendig römischen Ursprungs sein müsse. Heute wird Wengers Deutung als ‚nichts weniger als sicher‘ abgelehnt. Jedenfalls, so meinte L. schon in édit, stammten jene Urkunden aus der extraordinaria cognitio, die gewiß kein zuverlässiges Bild von den

---

[1]) Senatuskonsult an Melitäa und Narthakion a° 150/146 a. C., bull. de corr. hell. 6, 366, I. G. IX 2 n. 89: *ὅσα κεκριμμένα ἐστὶ κατὰ τοὺς νόμους οὓς Τίτος Κοΐγκτος ἔδωκεν, ταῦτα καθὼς κεκριμμένα ἐστίν, οὕτω δοκεῖ κύρια εἶναι δεῖν.* — Senatuskonsult an Samos und Priene, a° 136 a. C., ClGr. 2905. 11 ff.: *ἡμῖν οὐκ εὐσχερὲς εἶναι μεταθεῖναι, ὃ ὁ δῆμος ὁ Ῥοδίων ἑκατέρων θελόντων κέκρικε — τούτωι τῶι κρίματι καὶ τού[τοις τοῖς ὁρίοις ἐμμένει]ν ἔδοξε.* — Vgl. Dekret des proconsul Asiae an Thyateira bull. de corr. hell. 10, 400, 3 ff.: *δίκαιον εἶναι νομίζω ὑ[μᾶς —] | καὶ νόμιμον εἶναι τ[ὰς γενομένας ὑπὲρ τῶν ἱε]ρῶν χρημάτων κρίσεις διατηρεῖν.* Auf die erste dieser Inschriften wie auf zwei ähnliche Äußerungen der römischen Provinzialrechtsprechung (Cic. pro Flacco § 49. Decret. procons. Sardin. bei CIL. 2, 699 n. 5041; Bruns fontes[6] p. 231), hat schon Mitteis, Reichsr. 135 aufmerksam gemacht, der schon damals gegen die herrschende Lehre Bedenken äußerte, welche nur von dem Einfluß der res in iudicium deducta sprach.

Formularen des Albums gebe: so steht L. auf einem grundsätzlich anderen Standpunkte als Mitteis und Wenger. Diese sind geneigt, die Einheit der wesentlichen Rechtsgedanken des Zivilprozesses für das gesamte Reich anzunehmen und zu glauben, daß die provinziale Praxis sich nicht wesentlich von dem hauptstädtischen Verfahren entfernte.

Die Höhe des vadimonium soll der Regel nach vom Prätor selbst in iure angesetzt worden sein (D. 46, 5, 1, 9. 10). Sonst sei Ernennung eines arbiter und Genehmigung einer Präjudizialformel erfolgt; édit hatte dies letztere als die Regel betrachtet. Liegt bei dem Mangel an Belegen nicht am nächsten, an magistratische Ernennung des arbiter und eine Weisung in Form der Delegateninstruktion zu denken? Vgl. den iudex ad fideiussores probandos datus in D. 49, 2, 2. D. 2, 8, 9—10, 1. D. 4, 4, 7, 3 und die im Vocabularium I p. 485 gesammelten arbitri über die Rechnungslegung des libertus orcinus, die sicherlich alle nur das stadtrömische Gegenstück zu den λογοθέται der Papyri (z. B. Cattaoui verso col. III. BGU. 1019, l. 7f. n. 969 II, 11) sind.[1])

§ 281. Die Darstellung der cautio pro praede litis et vindiciarum hat in der 2. Aufl. eine erhebliche Umgestaltung erfahren. Blieb auch die Rekonstruktion in den wesentlichen Elementen die gleiche, so hat im einzelnen die Rücksicht auf Wlassaks Beobachtungen doch zu mancher Änderung geführt.

I. In der clausula ob rem iudicatam war bisher die namentliche Nennung des Einzelgeschworenen vermutet worden, der über die sponsio und die in ihr enthaltene Frage des dinglichen Rechtes urteilen sollte (arg. D. 46, 7, 3 pr.). Da nach Scaevola D. 46, 7, 20 und Tryphoninus ad h. l. die Nennung des Richternamens und eine Substitutionsklausel für eine cautio iudicatum solvi bezeugt schien, hatte Lenel wie auch noch Koschaker angenommen, daß die cautio pro praede litis et vindiciarum ebenso den Einzelgeschworenen mit Namen nannte und die cautio ausdrücklich auch für den Fall in Wirkung erhalten wurde, daß der iudex wechsele. Heut denkt L. wesentlich anders. Die Worte ‚apud aliquem iudicem‘ in D. 46, 7, 3 pr. werden mit Wlassak als Interpolation für ‚centumviros‘ betrachtet. Und weil der iudex vor der Litiskontestation, in dem Augenblick, wo die cautio pro praede litis et vindiciarum geleistet werde, noch nicht formell feststehe, wird die Aufnahme seines Namens in die cautio unwahrscheinlich gefunden. Das Scaevola-Fragment beweise nichts für die cautio pro pr. l. et vind., da es sich auf die cautio iudicatum solvi im Kognitionsverfahren bezöge. Darüber vgl. noch zu § 282. Jedenfalls will deshalb L. nun die Frage dahingestellt sein lassen, ob der Richtername in der cautio stand. Man wird die Begründung, die L. dafür gibt, bemerken. Auch für L. wird jetzt die Person des Richters mit der Litiskontestation endgültig festgestellt. Ist damit nicht die Lehre stillschweigend aufgegeben, die Lenel früher vertrat (diese Zeitschr. 24, 338) und die ich noch heut für

[1]) Vgl. auch Wlassak, art. arbiter; Pauly-Wissowa.

wahrscheinlich halte[1]), daß nämlich der Name des Richters nicht an der Spitze der Formel stand, mit welcher die Parteien den Prozeßvertrag abschließen —?

II. Wie wurde die Restitution der Sache im Sponsionsprozesse behandelt? L. hat in der 1. Aufl. und noch im édit vermutet, daß der Name des arbiter de restituendo in der cautio p. p. l. et v. genannt war (D. 50, 16, 68) und daß dieser, wenn das Sponsionsverfahren vor einem iudex spielte, mit dem iudex sponsionis regelmäßig identisch war. Aber nachdem Wlassak gefragt hatte, woraus denn für den iudex sponsionis Recht und Pflicht zum restituere iubere erwachsen sollte, gibt L. diese Auffassung auf (vorbereitet schon in édit 2, 270 n. 2); der iudex, der über die a° ex stipulatu aus der cautio p. p. l. urteilte, soll ermessen haben, ob restituiert sei. Haftungsvoraussetzung und entsprechend Inhalt der cautio p. p. l. sei gewesen: si ea res ... iudicata erit neque ea res boni viri arbitratu restituetur ... quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondesne? — Diese Auffassung bedeutet zweifellos einen Fortschritt gegenüber der bisherigen Rekonstruktion, wenn jetzt auch D. 50, 16, 68 unerklärt bleibt. Aber es bleibt ein Bedenken, das allerdings sowohl gegen die gesamte herrschende Lehre wie gegen L.'s Auffassung von dem Ästimationsvorgange im älteren Prozesse angemeldet werden muß. Nach der gesamten Lehre hat der besiegte Besitzer, nachdem der Richter im Sponsionsprozesse dem Kläger das Recht zugesprochen hat, die Sache herauszugeben, und wenn die Naturalherausgabe nicht erfolgt, kann der Kläger mit der actio ex stipulatu aus der cautio die Geldkondemnation erlangen. Zur aestimatio gelangt man nur auf Grund der Klage per sponsionem (vgl. auch Lenel S. 525). Aber nach Gaius IV, 89 ist die Haftungsvoraussetzung anders bestimmt: der Beklagte haftet aus der cautio, wenn er nicht rem ipsam restituiert o d e r n i c h t d i e l i t i s a e s t i m a t i o ‚s i c h g e f a l l e n l ä ß t'. Also er hat ein Recht darauf, daß sich der obsiegende Kläger außergerichtlich auf die Frage einläßt, welche Summe der besiegte Besitzer zahlen solle, anstatt die Sache selbst herauszugeben. Dieser Rechtszustand ist wichtig für die Haftung der alten praedes, die wohl ebenso wie der altgriechische ἔγγυος[2]) ausdrücklich die Haftung für Naturalrestitution mit der Maßgabe übernehmen, daß sie durch Geldzahlung sich von der Haftung befreien konnten. Es ist ferner wichtig für das Sponsionsverfahren, den Begriff litis aestimatio, die Auffassung der vindicia falsa im Zwölftafeltext und die Anknüpfung des Kommentarfragments Ulp. 77 D. 50, 16, 68. Und vielleicht fällt im Zusammenhang mit dieser zwischen den Parteien erfolgenden aestimatio litis auch ein Licht auf die ältere Bedeutung des iuramentum in litem. An dieser Stelle genügt es auf die Fragen hinzuweisen, welche die Literatur noch nicht gestellt hat.

---

[1]) Dagegen R. Leonhard, Note zu meiner Schriftformel S. 32, 2. Wenger, art. formula; Pauly-Wissowa. Unentschieden Koschaker, translatio, S. 318. — [2]) Mein Griech. Bürgschaftsrecht 1, 196 ff. 213 ff.

III. Den Schluß der Darstellung bildet wiederum die tiefdringende Exegese von Paul. sent. V 9, 1, bei der L. auf den Standpunkt der 1. Aufl. zurückkehrt, den er in édit verlassen hatte. L. hält gegen Wlassak daran fest, daß die Centumvirn wohl nur für Prozesse über 100000 Sesterzen zuständig waren, und das praeiudicium ‚an ea res q. d. a. maior sit C milibus sestertiis' für einen Streit darüber diente, ob der Nachlaß diesen Wert erreiche. Dieses praeiudicium habe den Wert der res qua de agitur zur Beurteilung gestellt, also den Wert im Moment oder kurz vor der Litiskontestation im Erbschaftsstreit. Im Gegensatz zu diesem praeiudicium, welches für den nahen Prozeß die Frage des Streitwertes stellte, habe das andere bei Paulus l. c. erwähnte praeiudicium gestanden, welches den Streitwert dort zur Entscheidung stellte, wo es sich handelte um die Kaution, die der heres cum condicione institutus dem Substituten für den Fall stellte, daß er die Erbschaft bei Ausfall der Bedingung herauszugeben habe. Da dieser Zeitpunkt in einer fernen und ungewissen Zukunft bei Stellung der Kaution lag, habe der Magistrat diskretionär einen in ferner Zukunft liegenden Zeitpunkt bestimmen müssen, auf den dann einerseits die Wertberechnung des Nachlasses erfolgte, während andererseits die Haftung der sponsores in der cautio pro p. l. et v. mit Rücksicht auf ihn befristet wurde. Diese lange Frist in der cautio sei zu verstehen unter dem ‚in longiorem diem concipit*ur*', zu dem jetzt D. 46, 5, 8 pr. verglichen wird. — Wlassaks schwerwiegenden Einwand gegen ein solches Präjudizialverfahren, das bei Gelegenheit der cautio p. p. l. die Kompetenzfrage des Erbschaftsstreites aufrollen sollte und auf einen Prozeß abstelle, der vielleicht niemals stattfinde, lehnt L. jetzt ab. Zu unpraktischeren Weiterungen habe das Wertansatzverfahren nicht notwendig den Anlaß geben müssen. Aus der Notwendigkeit Bürgen zu finden, habe sich das praktische Bedürfnis ergeben, festzustellen, ob ein Nachlaß die Kompetenzgrenze erreiche und somit die Garantien genoß, welche die Organisation des Hofes der Hundert für die Handhabung der Rechtssprechung und damit für die Rechtsstellung des Nachlaßbesitzers bot.

Diese Auslegung kommt sicherlich mit jedem Worte des Textes Paul. sent. V, 9, 1 aus, — wenn man die Frage der Kompetenzgrenze mit L. entscheidet. Die wesentlich andere Erklärung, welche L. in édit vorschlug, ist mit Recht aufgegeben.

Neben diesen grundlegenden neuen Ausführungen bietet die Darstellung manche neue wertvolle Bemerkung zu einzelnen Fragmenten (S. 497, 1. 3. 501, 2. 4. 503, 4. 506, 1). Auch die neu aufgenommenen Belege zur Verdoppelung der vindicia falsa (500, 1) sind ebenso wie die Anmerkung über das Verhältnis der Kautionsfrist zur Prozeßfrist (507, 1) zu beachten.

§ 282. In der Darstellung zur cautio iudicatum solvi findet sich außer einer Bemerkung (510, 4), welche Wlassaks Zweifel gegen das positive Versprechen rem . . . defendi ablehnt, neu die schon angekündigte (diese Zeitschr. 23, 339, 2) Meinungsänderung in der Frage,

ob die cautio iudicatum solvi den Geschworenen des einzelnen Prozesses namentlich bezeichnete. Früher war dies angenommen, jetzt hat L. den Text D. 46, 7, 20 als auf die cognitio extraordinaria bezüglich abgelehnt, weil die Stelle von einem iudex datus spreche. So schließt sich also auch L. nunmehr dem Mommsenschen Dogma an, daß iudex datus notwendig den Kognitionsrichter bedeute. Dieses sprachliche Kriterium wäre ja allerdings überaus einfach für die Ausscheidung von Fragmenten, deren Beziehung auf den ordo iudiciorum privatorum sonst zweifelhaft ist. M. E. hat Girard seine Schüler Boulard (instructions écrites au juge commissaire p. 4 n. 1) und Perrot (appel dans la procédure de l'ordo iudiciorum p. 37 ff.) mit Recht vor diesem verführerischen sprachlichen Argument gewarnt. Die Beziehung des Fragmentes zur extraordinaria cognitio ist deshalb so überaus bedenklich, weil sehr zweifelhaft ist, ob dort überhaupt je die cautio iudicatum solvi in einem so ausführlichen Formular geleistet worden ist wie im ordo iudiciorum privatorum. Nicht nur für die Byzantiner ist sicher, daß dort diese cautio einfach als Stipulation mit dem aufs Formular verweisenden ‚iudicatum solvi' gefaßt (Cod. Iust. 2, 12, 27, 2) worden ist; auch schon der Bürge des durch einen procurator vertretenen Beklagten in P. Lips. I n. 38, I, 13f. (a° 390 p.) verspricht Ähnliches gegenüber dem Beamten: *'Εγγυᾷ, ὅτι καταβαλεῖ τὰ κριθησόμενα Μά[τ]ρω⟨ν⟩α ἢ τὴν ἐντολὴν 'Ατρῆτι παρασχομένη; Ναί, ἐγγυῶμαι ὅτι τὰ κριθησόμενα καταβαλεῖ*, wobei zu *ἐγγυᾶσθαι* als Verpflichtungswort der verborum obligatio vgl. Cod. Iust. 8, 40, 12. Auch die ganz ähnlich lautende cautio, die Pseudo-Theophilos aus dem Recht vor Justinian berichtet (ad Inst. IV, 11, 18: *ὁμολογεῖς καταβάλλειν* [scr. *καταβαλεῖν*?] *μοι ὅ τι ἂν γένηται κριθέν*) kann doch so wohl nur aus dem Beamtenverfahren stammen.

§ 288. Die 1. Aufl. übernahm noch eine Rubrik mit dem Wortlaut von D. 46, 6: rem pupilli vel adulescentis salvam fore. Als Gradenwitz ‚vel adulescentis' für Emblem erklärte, wurde auch L. an der Echtheit der Überlieferung zweifelhaft; édit hielt sie mit Berufung auf fr. 4 § 7. 8 h. t. immerhin für möglich. Heut folgt L. der Interpolationsbehauptung: Die Rubrik habe nur vom pupillus gesprochen, aber im Album sei auch eine cautio rem adulescentis salvam fore proponiert gewesen.

§ 289. Als Fall, in welchem die cautio de amplius non petendo nicht mit der Klausel de rato verbunden auftritt, wurde in der 1. Aufl. beispielsweise auf D. 9, 2, 27, 14 verwiesen, édit stellte die Beweiskraft dieses Fragmentes unter Vorbehalt (peut-être: 2, 282, 17). Jetzt wird diese Erwähnung der cautio de amplius non petendo sicher mit Grund als itp. betrachtet, wie schon früher von Eisele und Ferrini.

§ 290. Der schöne Interpolationsnachweis zur a° auctoritatis hatte sich im einzelnen gegen Karlowa zu verteidigen. Seit édit wird hier die Interpolationsannahme gegenüber D. 21, 2, 39, 1. 3 eingeschränkt und die Möglichkeit zugelassen, daß hier Julian bei Besprechung der a° auctoritatis auch andere Rechtsmittel gleicher Richtung berührt

haben könne. Außer den bisher herangezogenen Kommentarfragmenten von Julian, Ulpian und Paulus ist jetzt auch die entsprechende Stelle in Celsus' Digesten und Papinians Quaestionen untersucht, und so werden auch in D. 21, 2, 62. 66 die justinianischen Wendungen, welche die actio auctoritatis ersetzten, nachgewiesen. Die einst in der 1. Aufl. aufgestellte Behauptung, welche die alte solenne denunntiatio gegen den auctor in iure in D. 21, 1, 51, 1 wiederfinden wollte, ist gefallen, da die Stelle gekürzt zu sein scheine und der ursprüngliche Gedankengang nicht mehr erkennbar sei. — Daß die vades bei Varro l. l. VII 74 für Eviktion haften und als Vorläufer der satisdatio secundum mancipium anzusehen seien, wurde früher als zweifellos erklärt, seit édit nur als Hypothese vorgebracht.

§ 291. Die Rekonstruktion der cautio de operis novi nuntiatione hat seit édit eine wichtige Umgestaltung erfahren. In der 1. Aufl. war die cautio gefaßt: ... restitui boni viri arbitratu aut, si hoc placuerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari ... spondesne? Der Kautionsberechtigte sollte also die Wahl zwischen Naturalrestitution und Schadenersatz gehabt haben. Heute betrachtet L. die Stellen D. 39, 1, 21, 4. 7 sicherlich mit Recht als interpoliert. Schon édit konstruierte eng im Anschluß an die cautio iudicatum solvi.

§ 292. In D. 39, 2, 24, 1 wird jetzt mit Longo das ‚vel successores' als itp. bezeichnet. Sicher zu Recht! Aber dann ist es wohl auch im folgenden (successores autem) unklassisch.

§ 293. Im Ädilenedikt de mancipiis vendundis zählte schon édit einen Satz über die ornamenta der Kaufsache auf. Den Wechsel des Modus in D. 21, 2, 3 (faciant — pronuntiant) führte schon édit mit Bechmann auf das verschiedene Entstehungsalter der beiden Sätze zurück.

§ 293. Die doppelte condemnatio der a° redhibitoria wird seit édit gegen Eck verteidigt. Die vorübergehend angenommene Folgerung, welche Karlowa für L.'s Rekonstruktion aus D. 21, 1, 23, 8. 31 pr. gewann, wird jetzt abgelehnt. — In der Rekonstruktion der möglichen intentiones ist der Fall der ediktalen Mängel in jeder Auflage anders behandelt. Die erste nahm an: si ... eum paret in ea causa fuisse ut redhiberi debeat. Die speziellen Sachmängel sollten dabei präskribiert werden. édit gab diese vage Fassung auf und vermutete, ohne rekonstruieren zu wollen, etwa eine intentio: si paret homini ..... morbi (vitii) quid cum veniret fuisse, ita ut ex edicto nostro redhiberi debeat. Diese Vermutung ist jetzt dem Druck nach den übrigen Formelrekonstruktionen assimiliert worden. Nur der Verweis auf das Edikt ist als überflüssig gestrichen.

§ 294. Durch die veränderte Rekonstruktion der a° redhibitoria tritt diese nunmehr in eine deutliche Parallele zur Rekonstruktion der a° quanti minoris. Wo die 1. Aufl. einen Unterschied der Formulierung gefunden hatte, wird jetzt betont, daß bei beiden Aktionen das Vorliegen des ediktalen vitium in der Formel erwähnt war, allerdings ohne genauere Beschreibung.

§ 295. ‚Vel minorum' im Edikt ‚de feris' wird seit édit mit Scialoja als Abschreibernotiz ausgeschieden; jedenfalls sei vel nicht ediktal.

Das Verzeichnis der falschen Inskriptionen, das durch Paling. entbehrlich geworden ist, ist seit édit gefallen.

Wer die langen Notizenreihen des vorliegenden Referates rückschauend überblickt, wird eine annähernde Vorstellung von dem Umfang der Neubearbeitung gewinnen, die Lenel selbst im Vorwort bescheiden eine ‚Nachlese' nennt. In Wahrheit bedeutet die 2. Auflage des Edictum perpetuum ein erneutes Durchdenken des gewaltigen Materiales mit den Methoden, die Lenel zum großen Teil selbst vor nun fast 30 Jahren geschaffen und in der Forschung zur unbestrittenen Geltung gebracht hat. Deshalb hatte es für den Ref. einen besonderen Reiz, den Wandlungen nachzugehen, welche die Anschauungen des Verfassers von den ersten Studien und der 1. Aufl. des grundlegenden Werkes durch die Palingenesia hindurch zum édit perpétuel und der neuen Auflage erfuhren. Was wir an diesem Fortschreiten lernen und was wir an Anregung und neuen Fragen dem Meister der Ediktsforschung danken, sollen diese Zeilen vor allem bekennen. Wenn das begeisterte Interesse an den Problemen des ewig jungen Stoffes den Ref. hier und da über die Berichterstattung hinausführte, so möge der Verf. darin nur einen Beweis für das ernste Wollen sehen, mit welchem die jüngste Generation deutscher Romanistik Lenels Edikt in dem neuen Gewande willkommen heißt: nicht als das letzte Wort auf einem abgelebten Forschungsgebiete, dessen Pflege wenigen mehr am Herzen liegt, sondern als lebendiges Kapital wissenschaftlicher Kraft, aus dem Gelehrtengenerationen der Zukunft noch reiche Werte gewinnen sollen.

Genf/Göttingen. J. Partsch.

Dr. Ernst Leisi, Der Zeuge im attischen Recht, Züricher philosophische Inauguraldissertation. Frauenfeld, Buchdruckerei Huber & Co. 1907. XII und 167 SS. 3,20 Mk.[1])

In dieser Doktorschrift legt der Verf. dem gelehrten Publikum eine jener fleißigen Monographien zum attischen Recht vor, deren die züricher Gelehrtenschule uns nun schon eine ganze Reihe beschert hat: wie die meisten dieser Monographien ist auch diese Schrift gekennzeichnet durch saubere Ausschöpfung des gesamten Materiales, scharfsinnige Herausarbeitung einiger neuer Resultate und lebendige

[1]) Vgl. auch die Besprechung von Th. Thalheim, Berliner philologische Wochenschrift 1909 S. 558 f.

Auffassung des antiken Lebens nach den Quellen, die mit philologischer Kunst und offnem Blick für die rechtlichen Vorgänge erläutert sind, nicht ohne Verständnis für den Wert rechtsvergleichender Anschauungsweise.

Die Arbeit behandelt in 2 Hauptteilen einerseits den Beweiszeugen hinsichtlich der persönlichen Fähigkeitserfordernisse, der Zeugnispflicht und der Abnahme des Zeugnisses, andererseits den Solennitätszeugen hinsichtlich seiner Verwendung, seiner persönlichen Eigenschaften und der Zahl, in welcher Geschäftszeugen zu den einzelnen Rechtsakten zugezogen werden. In dem ersten Teil seiner Aufgabe sah sich der Verf. die Priorität für manches neue Ergebnis seiner Forschung durch die gute Arbeit von Bonner, Evidence in Athenian Courts, Chicago 1905, entgehen, welche erschien, während der Verf. wegen gestörter Gesundheit seine Arbeit hatte unterbrechen müssen. Bonner hat im wesentlichen den Kreis der Zeugnisfähigen, wie der zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Personen richtig umschrieben, das urprüngliche Fehlen des Zeugniszwanges wie seine klassische Ausgestaltung dargelegt, auch gezeigt, wie allmählich in unseren Quellen aus der mündlich vor dem Volksgericht abgelegten Zeugenaussage die außergerichtlich durch den Beweisprozeß erfolgende Vernehmung wird, die dem Gericht durch die Verlesung bekannt wird. Dem Verf. blieben hier immerhin manche Berichtigungen im einzelnen, und so ist es nicht überflüssig, daß er das gesamte Material noch einmal selbständig verarbeitet, zumal er wirklich die gesamte Literatur auch außerhalb der Redner heranzieht. So ist das Bild über die Stellung der attischen Frau zum Zeugenrecht, über Kinder und Sklaven als Zeugen im Blutprozesse dank dem Verfasser schärfer geworden, manche Nachbildung des attischen Prozeßrechtes wurde mit chronologischen Anhaltspunkten einer bestimmten Periode der attischen Rechtsentwickelung zugewiesen. Und wenn man den meisten dieser Datierungsversuche skeptisch gegenüberstehen wird, weil sie mit dem argumentum ex silentio aus dem Sprachgebrauch des Aristophanes das Fehlen einer Institution in der älteren Zeit zu erweisen suchen, wird man doch dankbar die Datierung für die Einführung des schriftlichen Zeugnisses (um 390) und für das Aufkommen der *ἐπίσκηψις* begrüßen, welche bei Prozessen um Leib und Leben zu einer Hemmung der Vollstreckung des Urteils führt, dessen Beweisgrundlagen mit der *δίκη ψευδομαρτυρίων* angegriffen werden sollen. Wenn auch das prozessuale Wesen der *ἐπίσκηψις* noch nicht recht geklärt ist, ist Leisi zu einer übersichtlichen Auffassung der prozessualen Vorgänge bei der *δίκη ψευδομαρτυρίων* und zu einer schärferen Vorstellung über die Frage gelangt, inwieweit die *δίκη ψευδομαρτυρίων* zur Aussetzung der Vollstreckung des angefochtenen Urteils im Hauptprozesse führt.

Für die Verwendung der Sollemnitätszeugen ist die Zusammenstellung der Rechtsakte dankenswert, bei welchen Geschäftszeugen nachweisbar sind. Der Jurist hätte hier vielleicht schärfere Klassifikation angestrebt und wäre in die Frage eingetreten, welche juristisch

eigenartigen Folgen die Vornahme eines Rechtsgeschäftes vor Zeugen für die verpflichtende Wirkung des Geschäftes hat: was ist die zeugenbedürftige ὁμολογία im Sinne des attischen Privatrechtes? Fallen nicht unter diesen Begriff die Nebenabreden, welche neben der Hingabe der Darlehenssumme zur Gestaltung des eigenartigen Schuldrechts aus dem Seedarlehen führen? Fällt nicht unter den Begriff ὁμολογία auch die ἀφέσεις καὶ ἀπαλλαγή, d. h. der gegenseitige Verzicht der Parteien auf alle Forderungen? Der Verf. nennt die beiden Geschäfte neben der zeugenbedürftigen ὁμολογία. Vom Standpunkt der üblichen Behandlung des attischen Privatrechts ist ihm deswegen kein Einwand zu erheben. Aber die Rechtsgeschichte wird auch hier verlangen müssen, daß die bloße Einordnung der Quellen in moderne Begriffskategorien einer anderen Auffassung weicht, die den griechischen Rechtsbegriff der modernen Darstellung zugrunde legt.

Ernster ist ein Bedenken, das an dieser Stelle nachdrücklich zu erheben ist, allerdings auch nicht nur gegen den Verf. Leisi hat es sich die Mühe nicht verdrießen lassen, sich mit den modernen juristischen Begriffen des Zeugenrechts wie mit germanischen Rechtsgedanken, z. B. dem Institut des Eideshelfers, vertraut zu machen. Dadurch wird seine Verarbeitung der Quellen für den Rechtshistoriker wertvoll, weil sie wirklich den juristischen Gehalt der attischen Quellen ausschöpft und nicht nur Vokabeln und Belegstellen sammelt. Aber es fehlt der Arbeit an derjenigen rechtshistorischen Perspektive, die unentbehrlich ist, um die attischen Verhältnisse über die Bedeutung des Lokalphänomens hinauszuheben und die Fragen des attischen Rechts mit dem Hintergrund darzustellen, den die gesamten griechischen Quellen, die Inschriften und die älteren hellenistischen Papyri mit eingeschlossen, geben können. Wir verlangen in dieser Beziehung gar nicht, daß der Verf. uns für sein Thema mit erschöpfenden Listen für die Zeugen in den außerattischen Inschriften aufwartet, daß er die sorgfältige Quellenanalyse für alle Fragmente des griechischen Rechtslebens vom 5. bis 3. Jahrhundert gleichmäßig durchführt. Aber wie der Verf. es in seinen gelegentlichen Hinweisen auf das Recht von Gortyn und auf außerattische Inschriften selbst zu fühlen scheint: es ist notwendig, daß die juristische Eigenart des attischen Rechts Licht und Schatten erhält durch die Gegenüberstellung der wichtigsten Tatsachen außerattischer Quellen. Bei der zutreffenden Würdigung, welche der Verf. den attischen Resten des Eideshelferrechts zukommen läßt (S. 60. 66), wäre es wichtig gewesen, die außerattischen Belege zu überblicken. Wenn in dieser Beziehung nun die Arbeit von Richard M. E. Meister (Rh. Museum f. Philol. 1908 S. 559 ff. = Eideshelfer im griech. Rechte, Leipziger jurist. Inauguraldiss.) eine Lücke füllt, wird der Jurist um so schmerzlicher fühlen, welche leicht zu erzielenden Arbeitsresultate sich der Verf. an anderer Stelle entgehen ließ dadurch, daß er keinen Blick in die schon erschlossenen Nachbargebiete der hellenistischen Quellen tat. In Athen kein Sachverständiger, kein Augenschein des Richters — im hellenistischen Ägypten dagegen schon 100 Jahre

nach den attischen Rednern Augenschein[1]) und Sachverständigengutachten.[2]) — Wenn der ptolemäische Zeuge stets vor Gericht mündlich aussagt[3]), entsteht die Frage: ist die Schriftlichkeit des attischen Zeugnisses nicht ein Phänomen von lokaler Bedeutung, nur zu erklären aus den praktischen Bedürfnissen des Volksgerichtshofes? — Auch für das Institut der *κλητῆρες*, ihre Nennung im *ἔγκλημα*, ihre Anwesenheit beim Ladungsakt wäre die Heranziehung der hellenistischen *κλητῆρες* in P. Petrie III. und P. Hibeh I. am Platze gewesen. Und geradezu seltsam wirkt es, daß Verf. sich für die *ὁμολογία* und die Beziehungen zwischen Zeuge und Urkunde darauf beschränkt, die alten Vorstellungen von Gneist nach den dürftigen literarischen Notizen vorzutragen, anstatt nur einen Blick darauf zu werfen, wie diese altgriechischen Urkunden in der Praxis aussahen. Wer die attischen Quellen mit dem gesamten altgriechischen und mit dem hellenistischen Materiale vergleicht und juristisch zu verarbeiten sucht, wird hoffen dürfen, daß Veröffentlichungen wie die Elephantine-Papyri, wie das neue Fragment der *πολιτικοὶ νόμοι* in P. Lille fasc. 2 auch denen, die grundsätzlich die attischen Quellen isolieren, eine Offenbarung bedeuten werden!

Genf/Göttingen. J. Partsch.

E. Burle, Essai historique sur le développement de la notion de droit naturel dans l'antiquité grecque. Trévoux, Imprimerie et Lithographie J. Jeannin. 1908. XV und 559 SS. (Doktorschrift der Juristenfakultät Lyon).[4])

Der Verf. hat mit einem bedeutenden Aufwande von Gelehrsamkeit sich zur Aufgabe gemacht, aus dem Studium der Philosophie, der Literatur, der Geschichtsschreibung und der Gesetzgebung den Entwickelungsgedanken herauszuarbeiten, welcher den Begriff des Naturrechts in der altgriechischen Kultur beherrscht. In 16 Kapiteln werden die rechtsphilosophischen Anschauungen dargestellt, die wir an den Dichtern, in den Historikern und Rednern beobachten können und die von den Philosophen im ganzen Verlauf der altgriechischen Geistesentwickelung formuliert worden sind. Der Jurist findet hier wertvolle Übersichten über die Gedankenwelt, aus welcher Roms Juristen ihre Begriffe des ius naturale entlehnten. Auch neben den neueren Arbeiten Hirzels, von denen die neueste dem Verf. noch nicht zur Verfügung stehen konnte, wird man die Abschnitte, die den einzelnen Philosophenschulen gewidmet sind, gern und mit Nutzen überblicken. Der eigentlich rechtsgeschichtliche Teil der Aufgabe ist neben dem rechtsphilosophischen zu kurz gekommen. Der Abschnitt über die primitive

---

[1]) P. Magdola 29 (a° 218 a. C.). — [2]) P. Grenf. I, 11. — [3]) P. Magdola 24, 7. P. Petrie III, 24 (Arch. 3, 515 f.). Amh. 30 II, l. 29—25. — [4]) Vgl. Berliner Philol. Wochenschrift 1909, 753 ff. Rev. gén. du droit, de la législation et de la jurisprudence. 1909 p. 87 ff. Revue des études grecques 1909, Novemberheft.

Rechtsbildung (cap. IX, les législateurs de la Grèce antique) hat darunter besonders gelitten. Wenn die wesentliche rechtsphilosophische Anlage des Werkes ein ausführliches Eingehen an dieser Stelle ausschließt, sei es doch der Aufmerksamkeit auch der Rechtshistoriker nachdrücklich empfohlen. Eine formvollendete gedankenvolle Sprache macht das Werk zur erfreulichen Lektüre.

Genf/Göttingen. J. Partsch.

Chlamtacz Marcell, Prof. a. d. Univ. Lemberg: Über die Erstreckung des Pfandrechts auf die Früchte der Sache im römischen und deutschen bürgerlichen Recht (= O extensyi prawa zastawu na owoce rzeczy w prawie rzymskiem i cywilnem prawie niemieckiem). Sep.-Abdr. aus der Zeitschr. 'Przegląd prawa i administracyi'. Lemberg 1910, S. 78 (Polnisch).

In bezug auf die Frage, ob sich das Pfandrecht auf die Früchte der verpfändeten Sache erstreckt, insbesondere ob dazu eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien notwendig ist, waren die klassischen Juristen nicht einig. Wohl scheint ein Reskript des Kaisers Alex. Severus (a. 223) C. 8, 14, 3 auf eine communis opinio anzuspielen, wenn es behauptet: fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione esse (vgl. auch C. 8, 24, 1: 'olim placuit'), doch fehlt es andererseits nicht an Anzeichen, daß nicht alle Klassiker dieser Theorie von der 'tacita pactio' huldigten. Ein entschiedener Gegner dieser Ansicht war zunächst Paulus, S. 2, 5, 2, der die Erstreckung leugnet, mit der Beschränkung 'nisi hoc inter contrahentes convenerit'. Von seinen Vorgängern scheint Papinian derselben Meinung gewesen zu sein, vgl. D. 20, 1, 1 § 2, wo die Verabredung, daß das Pfandrecht auch die Früchte umfassen soll, mit Nachdruck betont wird. [Aus D. 20, 4, 11 § 3 läßt sich die Stellung Gaius' zu dieser Frage nicht entnehmen, weil dort von einer selbständigen Verpfändung der Früchte die Rede ist — so auch Verf. S. 34 — und daher eine besondere Verabredung bezüglich der Früchte unumgänglich war.] Auch Marcian wird zutreffend vom Verf. hierher gezählt, mit Rücksicht auf D. 20, 1, 16 § 4 [zu dieser Stelle vgl. jetzt Beseler, Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen, 1910, S. 66], wo dem Richter die Befugnis abgesprochen wird, bei der Hypothekarklage die vorprozessualen Früchte, fructus antecedentes, zu berücksichtigen. Wäre Marcian Anhänger der tacita pactio, so müßte die Entscheidung umgekehrt ausfallen; sie wurde es erst durch die Mitwirkung der Kompilatoren (Zusatz: nisi exstent rel. interp.), für welche die const. 3 cit. die Richtschnur bildete. — Hingegen wären als Vertreter der entgegengesetzten Meinung, deren Ausdruck das Severische Reskript ist, Pomponius (arg. D. 16, 1, 32 § 1) und Ulpian (arg. 40, 5, 26 § 2) zu nennen.

In der Literatur befaßte man sich eingehend mit dem Widerspruch der Paulinischen Stelle zum Kodex (s. Windscheid-Kipp[9] I, 1141[9, 10]) und war bemüht durch gezwungene und willkürliche Deutungen diese Antinomie zu beheben, doch vermögen diese Versuche der umfassenden Kritik des Verfassers kaum standzuhalten. Es galt zunächst die Stelle aus den Sentenzen des Paulus in ihrer Tragweite zu entkräften, und kein Geringerer als Dernburg wollte sogar zwischen dem klaren Ausspruch des Paulus und der c. 3 cit. keinen Widerspruch erblicken (Pfdr. I 442). Demgegenüber verweist der Verfasser auf ein in dieser Lehre bis jetzt außer acht gelassenes Fragment, welches die Auffassung Paulus' ganz unzweideutig klarlegt: D. 13, 7, 18 § 3. Paulus akzeptiert hier die Ansicht des Cassius, die mit der seinigen in völligem Einklang steht u. z., daß 'nominatim in dando pignore adiciendum esse: „quaeque ex silva facta natave sint“'. [Die letzten Worte, die, wie aus einem in der Praxis üblichen Formular entnommen klingen, sind sicher echt; über anderweitige Bedenken, die jedoch auch nicht sehr gewichtiger Natur sind, s. jetzt M. Fehr, Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit, Uppsala Universitets Arsskrift. Jur. I, 1910 S. 117.][1]) — Es gilt nun aber noch Paulus vor sich selbst in Schutz zu nehmen: in D. 20, 1, 29 § 1 wird ihm ein Ausspruch zugeschoben, der mit seiner anderweitig bezeugten Ansicht in vollstem Widerspruch steht. Die Echtheit des für diese Frage in Betracht kommenden zweiten Satzes wurde schon von anderer Seite in Frage gestellt (Czyhlarz, Eisele). Durchaus überzeugend weist aber der Verfasser nach, daß auch der erste Satz von der Hand der Kompilatoren nicht verschont blieb. Der Satz klingt durchaus echt, die Kompilatoren haben nur die Einschränkung des Paulus 'si hoc inter contrahentes convenit' weggestrichen, um dafür das schwerfällige 'quod tamen [!] diximus rel.' zu setzen. Die Unechtheit auch dieses Teils der Stelle darf jetzt als sicher gelten, da neuestens auch Manigk, Gläubigerbefriedigung durch Nutzung (1910) 69[2] die Interpolation betont. [Das 'quod ita procedit' wurde gelegentlich von Bonfante, Scritti giur. off. a Fr. Schupfer, 1898, S. 5 als spezifisch kompilatorische Sprachwendung bezeichnet. Ob mit Recht? Vgl. Gai. II 217. Allerdings ist es auch in einigen justinianischen Konstitutionen zu finden.]

Im justinianischen Recht wurde der Standpunkt der lex C. 8, 14, 3 akzeptiert und folglich jener des Paulus und Genossen wissentlich unterdrückt. Doch ist es, wie wir gesehen haben, den Kompilatoren nicht gelungen, die entgegengesetzte Ansicht spurlos verschwinden zu lassen. Die Uneinigkeit der Juristen über diese Frage ist leicht erklärlich: einerseits bereitet die Entscheidung dieser Frage vom wirtschaftlichen Standpunkte aus, unter Berücksichtigung der sich kreuzenden Vorteile der beteiligten Parteien erhebliche Schwierigkeiten, —

---

[1]) Es sei hervorgehoben, daß die hier angezeigte Arbeit vor der genannten Schrift Fehrs und jener Manigks, Gläubigerbefriedigung durch Nutzung, erschien.

andererseits waren hier gewiß nicht ohne Einfluß jene divergierenden Gesichtspunkte, von denen unter Einwirkung der griechischen Philosophie, wie Sokolowski gezeigt hat, das Verhältnis der Frucht zur Muttersache beurteilt wurde.

Die zweite Frage aus diesem Gebiete, der der Verfasser seine Aufmerksamkeit zuwendet, ist, wie die Erstreckung des Pfandrechts auf die Früchte der verpfändeten Sache aufzufassen ist: ist sie eine notwendige Folge des Pfandrechts an der Hauptsache u. z. seine Ausdehnung und Fortsetzung oder ist sie die Wirkung eines besonderen antizipierenden Pfandvertrages, der gleichzeitig mit der Verpfändung der Hauptsache abgeschlossen wird? Der Verfasser neigt der zweiten Annahme zu u. z. aus folgendem Grunde: würde das Pfandrecht nur als eine Rechtsnotwendigkeit die Früchte umfassen, so wäre die Eigentumsfrage in bezug auf die Früchte zur Zeit ihrer Separation irrelevant, und lediglich der Zeitpunkt der Verpfändung der Hauptsache würde im Falle der Kollision mit anderen Rechten entscheidend sein. Wird aber die Verpfändung der Früchte als die Rechtsfolge einer besonderen, antizipierenden Pfandverabredung einer res futura betrachtet, so ist ihre Wirksamkeit von der Bedingung abhängig, daß die Sache zur Zeit ihrer Entstehung (hier Separation) im Eigentum des Verpfänders (bzw. seines Erben) stehe. Und dies letztere wird eben von den klassischen Juristen als Erfordernis der sog. Erstreckung des Pfandrechts auf die Früchte hingestellt. Hierher gehören: Pap. D. 20, 1, 1 § 2 (letzter Satz, nach Streichung des störenden und sicher interpolierten 'consumptos') und Paul. D. 20, 1, 29 § 1. Dieses Fragment wird vom Verfasser — gegen Czyhlarz (u. A., s. oben) — folgendermaßen restituiert: si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt ⟨si hoc inter contrahentes convenit et⟩ si dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit vel heredem eius. Die beiden Fragmente beziehen sich auf den Fall der Verpfändung der Muttersache samt Früchten. Dasselbe läßt sich für selbständige Verpfändung (ohne gleichzeitige Verpfändung der Muttersache) aus Gaius D. 20, 1, 15 pr. und 20, 4, 11 § 3 (arg. Zusammenstellung des Eigentümers mit dem Nießbraucher) entnehmen. [Zu beiden Stellen s. jetzt Fehr a. a. O. S. 75 bzw. 78].

Gegen das Erfordernis des Eigentums der Früchte auf seiten des Verpfänders zur Zeit der Separation werden zwei Fragmente ins Treffen geführt: D. 43, 33, 1 pr. (Jul.) und 13, 7, 18 § 2 (Paul.). In bezug auf das letztgenannte Fragment weist Verf. überzeugend nach, daß es mit unserer Frage überhaupt nichts zu tun hat. Paulus — dessen Stellung zu ihr übrigens aus einer anderen Stelle bekannt ist (D. 20, 1, 29 § 1) — will nämlich nur die im ersten Satz aufgestellte Behauptung durch den sicut-Satz begründen, indem er ein Beispiel für die Wanderung der Sache cum sua causa anführt. Ich bemerke, daß in der italienischen Digestenausgabe Scialoja den sicut-Satz für ein Glossem hält. Da das Beispiel nicht eben sehr geistreich ist, scheint mir die Annahme

des italienischen Gelehrten sehr wahrscheinlich. — Nicht so leicht kommt man über Jul. D. 43, 33, 1 pr. hinweg. Der Verf. sieht darin — zustimmend mit Baron, Pand. § 192 (7. A. 315) — keine Abweichung vom Erfordernis des Eigentums auf seiten des Verpfänders, indem er annimmt, daß in dem Verkauf der verpfändeten Sklavin an den Dritten ein Furtum vorliegt und deshalb die Veräußerung nichtig ist; der beim Dritten geborene Partus verbleibt daher weiter im Eigentum des Verpfänders. Diese Annahme ist insofern plausibel, als gerade Julian konsequent als Anhänger der Furtumqualifikation eines solchen Tatbestandes genannt wird, vgl. D. 47, 2, 19 § 6; 67 (66) pr. eod. Doch fehlt es nicht an späteren Quellenäußerungen, die eine mildere Auffassung aufweisen und an der Wirksamkeit einer solchen Veräußerung nicht rütteln. Da wäre zunächst Ulp. D. 9, 4, 36 zu erledigen (v. fr. 'dominio servi adquisito'; hier dürfte aber m. E. nicht alles echt sein: das 'furti tenebitur', auch sachlich bedenklich, fällt unter das neue, von Collinet, Nouv. Revue hist. 1910 S. 157 ff. aufgestellte Interpolationskriterium; ein analoges Beispiel s. daselbst S. 160) und C. 8, 27 (28), 12 a. 293 in Betracht zu ziehen. Zu dieser Frage vgl. auch Windscheid, Pand. I § 235[5] und neuestens de Ruggiero, Il divieto d'alienazione del pegno nel dir. greco e rom. (Estr. dagli Studi econ.-giur. della Fac. di giur. di Cagliari II, 1910) S. 59 ff.

Der zweite Teil, der sowohl durch ihre Ausführungen in bezug auf das römische Recht, wie auch durch die Erörterung der einschlägigen Fragen vom wirtschaftlichen Gesichtspunkte sehr interessanten Abhandlung ist der Betrachtung und Kritik der diesbezüglichen Vorschriften des BGB. (§§ 1212—1214, 1120—1122) gewidmet.

Lemberg. Adolf Berger.

Julius Binder, Die Plebs. Studien zur römischen Rechtsgeschichte. Leipzig, Deichertsche Verlagsbuchhandlung Nachfolger. 1909. XIX und 630 S.

Die neuere kritische Richtung in der Beurteilung der römischen Geschichtsquellen, die durch Hektor Pais begründet auf dem Gebiete der Rechtsgeschichte namentlich durch Lambert vertreten wird, hat das wissenschaftliche Interesse in erhöhtem Maße wieder auf die Urzeit Roms hingelenkt. In der Tat verlangen die Probleme, welche die ältere Geschichte Roms stellt, eine Revision, wenn jene Richtung die Glaubhaftigkeit der römischen Tradition im wesentlichen erst von der Zeit des zweiten punischen Krieges an gelten läßt, und ihr Zusammenhang mit der Rechtsgeschichte, insbesondere der Geschichte des Staatsrechtes lassen ihre Erörterung auch durch den Juristen als notwendig erscheinen. Es ist daher zu begrüßen, daß der Verf. von diesem Standpunkt aus, zu diesen Fragen Stellung nimmt, und man wird auch seine Methode, die Tradition an der Hand des ge-

-samten archäologischen Materials zu prüfen, nur billigen können. Der Rechtshistoriker wird sich insbesondere freuen, aus dem Munde eines Gelehrten, der sich bisher vorzugsweise als Dogmatiker des geltenden Rechts betätigt hat, den Satz zu vernehmen, daß es ‚nicht Aufgabe geschichtlicher Rechtsforschung sein kann, praktischen Bedürfnissen dienstbar zu sein‘, er wird dem Verf. auch beistimmen, wenn er von diesem Gesichtspunkte aus ein intensiveres Studium des öffentlichen römischen Rechts durch den Juristen fordert, ohne im übrigen das Bedauern des Verf. über das ‚Abwandern der Juristen nach den gesegneten Gefilden der Papyrologie und des spätrömischen Vulgarrechts‘ zu teilen. Die rechtshistorische Papyrusforschung und das durch sie angeregte Studium des griechischen Rechts bedürfen heute keiner Rechtfertigung mehr. Sie haben nicht nur die Erkennntnis des römischen Rechts gefördert, sie haben unseren Blick auch auf neue Probleme gelenkt, und wenn heute dieser Zweig der Rechtswissenschaft die Neigung zeigt, sich zur vergleichenden antiken Rechtsgeschichte zu erweitern, und so das römische Recht für ihn aus der zentralen Position, die es im gelehrten Studium des 19. Jahrhunderts eingenommen hat, einigermaßen abrückt, so können diese Tendenzen am allerwenigsten dann mißbilligt werden, wenn man von der Rechtsgeschichte unmittelbar praktischen Nutzen für das Recht der Gegenwart nicht verlangt.

Der Verf. betitelt sein umfangreiches Werk ‚die Plebs‘. Die herrschende von Ihne und Mommsen begründete Lehre leitet bekanntlich, von der Annahme eines ursprünglich rein patrizischen Gemeinwesens ausgehend, die Plebs aus der Klientel ab und erblickt daher in dem Ständekampf eine Phase der inneren Geschichte Roms, deren Bedeutung in der politischen und wirtschaftlichen Emanzipation der Plebs liegt. Demgegenüber sieht der Verf. in der Plebs ein ethnisches Problem. Patrizier und Plebejer sind ihm von Haus aus verschiedene Völker, aus deren Vereinigung das römische Staatswesen entstanden ist. Der Ständekampf ist kein wirtschaftlicher, sondern ein politischer, der durch Streben der Plebs nach den obersten Gemeindeämtern seine Signatur empfängt, und wenn die Geschichtsschreiber der augusteischen Zeit das wirtschaftliche Moment betonen, so haben sie die Anschauungen ihrer Zeit in die ältere Geschichte Roms hineingetragen. So deckt sich dem Verf. das Problem der Plebs mit der Frage nach der Entstehung des römischen Staates.

Die Idee, daß der Unterschied zwischen Patriziern und Plebejern ein ethnischer sei, ist ja nicht neu. Sie wurde schon von Cuno (Vorgeschichte Roms 1878) vertreten und ist in neuerer Zeit von italienischen Gelehrten (Boni, Oberziner) wieder aufgenommen worden. Indessen ist die Theorie, welche der Verf. vorbringt, sowohl den Anschauungen der eben genannten Gelehrten, wie der Auffassung Zöllers gegenüber (Latium und Rom 1878), an die er sich noch am meisten anlehnt, eine durchaus selbständige und eigentümliche. Um das Ergebnis der folgenden Inhaltsangabe vorweg zu nehmen: Rom ist dem Verf. entstanden aus der Vereinigung zweier ursprünglich selb-

ständiger Gemeinwesen, der sabinisch-patrizischen Quirinalsstadt und des latinisch-plebeischen Septimontiums, wobei aber die von ihrem Hinterlande abgeschnittenen sabinischen Patrizier allmählich latinisiert wurden. Ihnen ist es auch gelungen, nachdem die Etrusker (Tarquinius) Rom erobert hatten, diese zu verjagen und bei dieser Gelegenheit die Herrschaft an sich zu reißen. Der Sturz der Königsherrschaft war also keine Revolution, wie es die Tradition darstellt, sondern Restauration der Verfassung, wie sie vor der Etruskerherrschaft bestanden hatte, jedoch unter patrizischer Hegemonie und der nach der Vertreibung der (etruskischen) Könige einsetzende Kampf der Plebs verfolgt die Gewinnung derjenigen politischen Stellung, die sie vor der Fremdherrschaft inne gehabt hatte.

Zum Nachweis dieser Thesen schickt der Verf. seiner Darstellung eine eingehende topographische Untersuchung des ältesten römischen Stadtbodens voran, in der er darlegt, daß wir für die Urzeit zwei Ansiedlungen anzunehmen haben; die eine auf dem Palatin, die sich später durch ihre Erweiterung auf den Caelius und Esquilin zum Septimontium auswuchs, und an die in historischer Zeit noch das Fest des Septimontiums erinnert, die andere auf dem Quirinal mit dem Kapitol als Burgberg, von der Palatinsstadt durch das Tal, in welchem das spätere forum lag, getrennt. Beide Siedlungen, ursprünglich auf die Höhe beschränkt, haben sich dann im Laufe der Zeit nach dem Forumstal zu erweitert, bis sie zusammenstießen und ihre Vereinigung stellt die Stadt der 4 Regionen dar. Eine Erinnerung an die ursprüngliche Selbständigkeit beider Siedlungen findet der Verf. mit Niebuhr in dem im Forumstal an der sacra via zu suchenden Tempel des Ianus geminus, ursprünglich das Doppeltor, das beide Städte verband.

Die Bewohner des Septimontiums, die montani, sollen nun die Plebejer gewesen sein. Die Quellenbelege, die der Verf. für diese Behauptung anführt, wird man allerdings schwerlich für zureichend halten können. Eine Inschrift (CIL VI 32 455), die von magistri et flamines montanorum montis Oppi berichtet, die Notiz des Varro VI 24, daß das Fest des Septimontiums non populi, sed montanorum modo gefeiert wurde, und endlich Cic. de domo 28, 74. Wenn hier Konventikel des Plebs unter dem Namen der montani und pagani erwähnt werden, so ist die Schlußfolgerung des Verf., daß die Plebejer ursprünglich als montani das Septimontium bewohnten, kaum zwingend. Im weiteren bemüht sich der Verf. die Argumente der herrschenden Lehre, welche die Siedlung auf dem Palatin als patrizische betrachtet, zu widerlegen. Die Lokalisierung der Gründungslegende auf dem Palatin beweise nichts, weil die Romulussage aus dem griechischen Sagenkreis verhältnismäßig spät importiert worden sei, wenngleich zugegeben werden müsse, daß sie an eine ältere Lokalsage habe anknüpfen können, und wenn Romulus nach der Tradition als Gründer der patrizischen Roma und zugleich des Patrizierstaates erscheine, so sei ‚diese Auffassung erst denkbar in einer Zeit, in der Romulus der Gründer der Gesamtstadt geworden sei‘ und bilde also kein Argument

für die Ursprünglichkeit der patrizischen Besiedlung des Palatins. Andrerseits sei gerade die Identifizierung des Romulus mit dem auf dem Quirinal verehrten Mars-Quirinus, die einer Auswanderung des Romulus vom Palatin gleichkomme, ein Symbol der politischen Geschichte Roms, der Überwindung der Palatinsstadt durch die Quirinalsrömer. Dies zeige sich auch in der Beeinflussung palatinischer Kulte durch quirinalische. So seien die am Palatin gefeierten Luperkalien in ihrer überlieferten Gestalt im Synkretismus aus dem palatinischen (plebeischen) Faunus- und dem Marskult auf dem Quirinal. Die patrizischen curiae veteres, welche von der Tradition auf den Palatin verlegt werden, seien solange kein Argument für dessen patrizischen Charakter, als sie nicht durch die Ausgrabungen hier festgestellt seien. Andrerseits weisen die sakralen Beziehungen zwischen dem Palatin und dem zweifellos plebeischen Aventin auf den plebeischen Charakter des ersteren hin. Denn gleiche Kulte setzen gleiche Bevölkerung voraus.

Für den Quirinal gelangt der Verf. von der Sage ausgehend, daß Titius Tatius an der Spitze der Sabiner den Quirinal besetzte und die latinische Palatinsstadt überwältigte, zur Annahme einer sabinisch-patrizischen Bevölkerung, die später von ihrem Hinterland abgeschnitten latinisiert wurde. Er verweist zur Begründung dieser Behauptung auf die Tatsache, daß auf dem Quirinal Gottheiten sabinischer Herkunft wie Mars-Quirinus, Semo Sancus, Salus u. a. m. ihre Kultstätten hatten. Die Identität der Quirites, für welches Wort sabinische Herkunft angenommen wird, mit den patricii ergibt sich ihm aus den Formeln populus Romanus Quirites einerseits, populus plebesque andrerseits, indem aus der ersten die Gleichung populus = Quirites folgt, die letztere aber nur als Zusammenfassung von zwei einander ausschließenden Begriffen angesehen werden kann. Schließlich wird noch auf das Vorhandensein patrizischer Kulte auf dem Quirinal hingewiesen.

Der Referent muß die Würdigung dieser historischen und religionsgeschichtlichen Argumente Berufeneren überlassen. Den juristischen Boden betritt der Verf. in jenem Teile seines Werkes, in dem er den Nachweis zu führen sucht, daß der plebeische Teil der Bevölkerung Roms dem latinischen Stamme angehörte. Die herrschende von Mommsen vertretene Lehre nimmt bekanntlich für das alte Latium eine Reihe autonomer Gemeinwesen an, deren Rechte, wenn auch prinzipiell verschieden, doch tatsächlich zufolge der Stammesgleichheit der Bevölkerung weitgehende Übereinstimmungen aufweisen. Dem gegenüber behauptet der Verf. Rechtsgemeinschaft zwischen Latium und Rom, soweit es latinisch d. h. plebeisch war, kraft der Stammesgleichheit und zwar mit der Begründung, daß in der älteren Zeit der Rechtsbildung durch Gewohnheit die Autonomie d. h. die bewußte Rechtsschaffung nicht in Frage kommen könne. Ich vermag nicht einzusehen, was damit bewiesen sein soll. Warum sollen wir von Autonomie erst dann reden können, wenn ein Gemeinwesen sein Recht in Gesetzen niederzulegen beginnt? Die Vorstellung, daß die Rechts-

ordnung nur für den Bürger da sei, ist ja auch möglich, wenn die Rechtsbildung eine rein gewohnheitsrechtliche ist. Es ist daher um so bedauerlicher, daß der Verf. zu der neuerdings viel verhandelten Frage, ob der Latiner die Fähigkeit zur legis actio habe, nicht Stellung genommen hat. Unter solchen Umständen vermag ich auch den weiteren Argumenten des Verf., seinem Hinweis auf den Parallelismus zwischen plebeischer und latinischer Geschichte, seiner Deutung des Begehrens der latinischen Gesandten vor dem großen Aufstand der Jahre 340 – 338 v. Chr., daß einer der Konsuln und ein Teil des Senats den Latinern reserviert bleiben solle, nur mit Bedenken zu folgen, wenn auch einzelnes, so seine Einwendungen gegen die Authentizität der leges Liciniae Sextiae anzuerkennen sein wird.

Bezüglich seines ‚stärksten Arguments', der Behauptung, daß die Plebejer und Latiner im Gegensatz zu den vaterrechtlich organisierten Patriziern nach Mutterrecht gelebt hätten, sieht der Verf. selbst den Widerspruch der Juristen voraus. Er hat ihn bereits gefunden (vgl. Partsch, Deutsche Lit. Ztg. 1909 Sp. 3121 f.). Ich kann mich dieser Opposition nur anschließen und auf die von Partsch ins Feld geführten Einwendungen hinweisen. Ich möchte hier nur bemerken, wie wenig begründet selbst vom Standpunkte des Verf. aus diese Lehre ist. Es ist von vornherein ganz unwahrscheinlich, daß zwei stammverwandte Völker wie Sabiner und Latiner eine derartig verschiedene familienrechtliche Organisation gehabt haben sollten. Außerdem läßt sich die wohlbegründete communis opinio, daß die Indogermanen nur Vaterrecht gekannt haben, nicht durch das problematische Argument, daß pater den Gewalthaber und nicht den Erzeuger bedeute, abtun. Wenn endlich der Verf. sich noch auf den Bericht des Livius über die Debatte stützt, die im Senate über die Canuleische Rogation geführt und in der von den Gegnern auf die zu befürchtende conluvio gentium, perturbatio auspiciorum hingewiesen, den Plebejern vorgeworfen wurde, sie hätten conubia promiscua more ferarum, so weiß er sehr wohl, daß diese Reden niemals gehalten wurden. Wenn er aber sonst der älteren Tradition skeptisch gegenübersteht, so ist es willkürlich, hier anzunehmen ‚Livius oder die Quelle, aus der er hier geschöpft hat, habe den springenden Punkt bei dem Streit um das conubium klar erkannt, wenn er uns auch keine Theorie des Mutterrechts gibt'. Derartige Argumente mußten dem Geschichtsschreiber naheliegen, wenn er den Widerstand einer Adelsclique gegen die Aufnahme von Mitgliedern eines anderen Standes schildern wollte, und sind daher natürlich ebenso erfunden wie die ganzen Reden.

Unter solchen Umständen wird man auch die Ausführungen des Verf. über die Ususehe ablehnen müssen, die nach ihm die fehlende Eheschließungsform zwischen Patriziern und Plebejern ersetzen sollte, während die coëmptio eine jüngere Schöpfung der ‚reflektierenden Jurisprudenz' sei (?), zumal er sich genötigt sieht, sich über die Nachricht des Gaius, daß das trinoctium von den 12 Tafeln normiert sei, einfach hinwegzusetzen.

Der Verf. bemüht sich im weiteren, seine Theorie von der Entstehung des römischen Gemeinwesens in ihren verfassungsrechtlichen Konsequenzen auszubauen. So ist ihm die Doppelmagistratur nicht eine Einrichtung erst der Republik, sondern der Repräsentant der beiden ursprünglich selbständigen Gemeinwesen. Durch die Herrschaft der etruskischen Könige beseitigt, wurde sie mit deren Vertreibung von den Patriziern wieder hergestellt. Neben den 30 Kurien, die er gegen Mommsen für rein patrizisch hält, nimmt er auch plebeische Kurien an.

Nur mit Bedenken wird man die Ausführungen des letzten Kapitels über die richterliche Gewalt des Königs lesen, die der Verf. unter Verwerfung der Tradition an der Hand der Rechtsvergleichung zu rekonstruieren versucht. Diese führt ihn dazu, im Strafprozeß als den Träger der Gerichtsgewalt das Volk zu betrachten. Demgemäß soll im Provokationsverfahren die provocatio nicht vom Verurteilten, sondern vom Magistrat ausgegangen sein. Ebenso wie das inrogare im tribunizischen Multprozesse soll das provocare der Strafantrag des Magistrats an das Volk als Gerichtsgemeinde gewesen sein, über den das Volk als einzige und letzte Instanz entschied. Was gegen diese Konstruktion, die der gesamten Überlieferung widerstreitet, zu erinnern ist, hat schon Partsch a. a. O. dargelegt, auf den hier verwiesen sei. Was endlich die Frage nach der Gestaltung des ältesten Zivilprozesses betrifft, so wird sie sich gegen die Tradition, welche in der Teilung des Verfahrens eine Errungenschaft der Republik erblickt, im Sinne der Ursprünglichkeit dieser Einrichtung nicht durch die Bemerkung erledigen lassen, daß die Entwicklung des Zivilprozesses auf eine allmähliche Erstarkung und Erweiterung der Gerichtsgewalt des Magistrats hinziele und daß die ‚indogermanische Auffassung des Königtums, das von despotischer wie von theokratischer Auffassung weit entfernt sei', die ursprüngliche Beschränkung der Gerichtsgewalt wahrscheinlich mache; ganz abgesehen davon, daß die Differenz zwischen dem iurisdiktionellen imperium des Magistrats zur Legisaktionenzeit und zur Zeit der formulae nach den neueren Forschungen keine so große war, wie man früher annahm (vgl. neuestens Lenel, d. Ztschr. 30, 329 f.).

Wird man also den Thesen des Verf. gegenüber, so geistvoll sie konzipiert sind, mit Bedenken nicht zurückhalten können, wird man sie sogar zum großen Teil ablehnen müssen, so muß doch anderseits anerkannt werden, daß das Buch in hervorragendem Maße geeignet ist, über die Probleme, die sich an die Urgeschichte Roms knüpfen, zu orientieren und zum Nachdenken anzuregen. Der Verf. beherrscht mit erstaunlicher Gelehrsamkeit die gesamte weitschichtige Literatur und man wird seine ausführlichen, dogmengeschichtlichen Erörterungen zum Problem der Plebs (S. 181—293), seine kritischen Bemerkungen zu den Theorien über die Urgeschichte Italiens (S. 294—329) mit Vergnügen lesen, zumal er über eine vortreffliche Darstellungsgabe verfügt. Sehr lehrreich sind ferner seine Darlegungen über die Glaubwürdigkeit der römischen Fasten und Annalen (S. 425 f.) und dankbar

wird man auch die zusammenfassende, einsichtige Erörterung der 12 Tafel-Frage (S. 488—528) begrüßen, wenngleich sie über Girard hinaus nur mehr wenig Neues bietet. In diesen Beziehungen darf das Werk auf dauernde Berücksichtigung Anspruch erheben.

Prag. **Paul Koschaker.**

Ernst Rabel, Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri. Mit einem Anhang: Eine unveröffentlichte Basler Papyrusurkunde. Leipzig 1909. Veit & Co. — 116 SS.

Roberto de Ruggiero, Il divieto d'alienazione del pegno nel diritto greco e romano. Contributo papirologico. Cagliari 1910. Dessi. — 87 SS. (Aus: Studi economico-giuridici publ. per cura d. Facoltà di Giurisprudenza d. R. Univ. di Cagliari. Anno II.)

Beide Schriften sind angeregt durch das in den Papyri so häufig erscheinende Verfügungsverbot. Es wird in beiden im wesentlichen das gleiche Quellenmaterial verwendet, und in der Beurteilung desselben findet sich im einzelnen viel Übereinstimmung. Aber die grundsätzliche Stellungnahme zu dem Problem ist eine durchaus verschiedene und dementsprechend auch die Bewertung ihrer eignen Resultate durch die Autoren. Während nämlich de Ruggiero bei seiner ursprünglichen Arbeit nur das Verfügungsverbot gegenüber dem Verpfänder, gefaßt als Mittel zur Verstärkung der an sich schon dinglich gesicherten Position des Gläubigers, in Betracht zieht und glaubt, schon jetzt zu einer sicheren Erklärung des Verbots kommen zu können, sucht Rabel unter Zuhilfenahme der Rechtsvergleichung weitere Zusammenhänge auf. So betrachtet er denn das Verfügungsverbot gegenüber dem Verpfänder nicht isoliert und sucht für dieses selbst, den gewohnten Boden des romanistischen Pfandrechtsystems verlassend, nach neuen Erklärungen. Nicht nach einer einzigen Erklärung — denn er glaubt, daß zurzeit überhaupt noch keine sichere Lösung möglich sei, so daß er sich nur zum Ziele setzt: die Fragen zu ordnen und die Erklärungsmöglichkeiten zu nennen. Dieser abwartende Standpunkt Rabels erscheint hier speziell — wie ja überhaupt bei so vielen Fragen der „meistens mehr ahnenden als wissenden heutigen Papyruswissenschaft", die in vielem nur erste Pionierarbeit in einem noch weiter zu entdeckenden Neuland ist — als richtig. Sehr empfindlich ist namentlich hier der Mangel an frühptolemäischem Material, das eine sichere Brücke zum reingriechischen Recht schlagen ließe, während jetzt noch sehr mit der Frage gerechnet werden muß, wieweit ein Einfluß des noch so wenig bekannten national-ägyptischen Rechts vorliegt.

Ich wende mich zunächst zu den Einzelheiten von Rabels Schrift. Der für den Romanisten gegebene Anknüpfungspunkt ist die berüch-

tigte Marcianstelle D. 20, 5 l. 7 § 2.[1]) Für ihre Illustrierung und ihr Verständnis sind die Papyri von hohem Wert. Gleichwohl wird man — selbst wenn man berücksichtigt, daß Marcians griechische Herkunft wahrscheinlich ist — nicht so weit gehen, jetzt ohne weiteres auch Echtheit des entscheidenden Schlußsatzes anzunehmen, sondern wird — wie dies auch Rabel (S. 5/7) und de Ruggiero (S. 8/9 und 62/3) mit guten Gründen tun — Interpolation des Satzes: certum est etc. für wahrscheinlich halten.

Im übrigen sind es nur dem griechischen bzw. gräko-ägyptischen Rechtskreis angehörende Quellen, die mit der Frage der Verfügungsbeschränkung des Verpfänders in direktem Zusammenhang stehen. Es ist deshalb auszugehen von dem altgriechischen Recht, für welches die zurzeit herrschende Ansicht annimmt, daß es dem Hypothekenbesteller gesetzlich verboten gewesen sei, ohne Zustimmung des Gläubigers die Sache zu veräußern oder zu verpfänden. Rabel unterzieht die Quellen[2]), auf die sich diese Ansicht stützt, einer kühlkritischen Prüfung, wobei besonders auf die Ausführungen zu Isae. 2 de Menecl. herecl. § 28 hinzuweisen ist, die dartun, daß es sich hier nicht um eine Einsprache gegen den beabsichtigten Verkauf auf Grund eines für das Mündel bestehenden ἀποτίμημα handeln kann. Man wird Rabel zugeben müssen, daß die Quellen zur sicheren Fundierung des herrschenden Satzes in der eben gegebenen Formulierung nicht geeignet sind.[3]) Nach Rabels Ansicht erweist sich die herrschende Ansicht nur für das Gesetz von Gortyn X, 25 wahrscheinlich als zutreffend (wobei es aber noch fraglich bleibt, ob denn eine mit Zustimmung des Gläubigers vorgenommene Verfügung gültig ist); andererseits kommt Rabel für die übrigen Quellen zu dem Resultat, daß nach Gesetz dem Pfandgläubiger nur das Recht zustand zum κωλύειν συμβάλλειν, wodurch augenscheinlich das Setzen neuer Rechte verhindert wurde, daß aber für den Fall der Nichtausübung dieses Rechts mindestens bedingte Gültigkeit der Verfügung anzunehmen ist. Zu sicheren Resultaten reicht allerdings das Material nicht aus. Wertvoll ist, daß mit unserer Frage auch die Nachrichten Theophrasts (bei Stob. Floril. 44, 22) über die dem Publizitätsgedanken dienenden Institutionen in Zusammenhang gebracht werden, mit dem Hinweis (S. 20/1), daß hier auch die Möglichkeit eines Ausschlusses des Berechtigten mit seinem Recht besteht, falls er den Einspruch unterläßt.

Eine vertragliche Dispositionsbeschränkung speziell des Verpfänders[4]) ist uns für das altgriechische Recht (wenn auch in anderen Fällen die Möglichkeit gegeben ist, daß eine solche bestand, s. Rabel S. 16) ausdrücklich nur in der Lakritosurkunde bezeugt und zwar für das Seedarlehen, wobei Rabel mit Recht vor einer Verallgemeinerung

---

[1]) Hier ist aber nur vom Verkauf die Rede (Rugg. S. 62). — [2]) Zu der Stiftung von Aigiale ist jetzt auch zu vgl. Reinach, Revue des études grecques XXII (1909) S. 241 ff. — [3]) Vgl. auch Mitteis, diese Ztschr. XXX S. 445. — [4]) Bei anderen Rechtsgeschäften ist sie häufig, vgl. Rabel S. 49 ff.

der für dieses Geschäft geltenden (im einzelnen auch durchaus nicht ganz klaren) Sätze warnt.

Bei dem sodann zusammengestellten Papyrusmaterial fällt zunächst die ungleichmäßige Verteilung auf die ptolemäische und die römische Periode auf, was aber seine einfache Erklärung dadurch finden kann, daß uns für die ptolemäische Zeit, für die ja überhaupt das Material noch spärlicher ist, zufällig bis jetzt nur wenige Urkunden pfandrechtlichen Inhalts bekannt sind. Aber auch für die ptolemäische Periode ist wenigstens ein Beleg für die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders erhalten in einem Eid, der anläßlich der Stellung einer Amtskaution geleistet wird. In einem analogen Eid (P. Petr. II. 46a = III. 57) fehlt allerdings die Zusicherung, sich weiterer Verfügungen zu enthalten, und die in P. Petr. II. 46b (= III S. 164) vorliegende, hierzu gehörige Urkunde über die Hypothekbestellung erledigt diese mit den Worten: *πρὸς ἃ ὑποτίθημι τὴν — οἰκίαν κτλ.* Rabel glaubt zwar (S. 27), daß neben dieser Urkunde noch eine besondere Hypothekarurkunde vorhanden war, doch ist dies kaum zutreffend; wir werden annehmen dürfen, daß bezüglich derartiger Hypothekbestellungen gegenüber der Behörde genaue Vorschriften bestanden, so daß sich die Aufnahme weiterer Klauseln in die Urkunde erübrigte.[1])

In römischer Zeit begegnet uns das Verfügungsverbot sehr häufig — außer in anderen, später namhaft zu machenden Fällen — vor allem bei Spezialverpfändungen. Bezüglich dieser weist nun Rabel auch darauf hin, daß es nicht ausgeschlossen sei, daß ein Unterschied zwischen *ὑποθήκη* und *ὑπάλλαγμα* bestehe[2]) (S. 29/30), und kommt später (S. 73 ff.) auf die Frage nach der Natur des *ὑπάλλαγμα* nochmals eingehend zu sprechen, wobei er zu dem Resultat kommt, daß man nur sagen könne, daß das *ὑπάλλαγμα* ein Pfand sei, während alles übrige unsicher bleibe.

Die hier berührten Fragen erscheinen im allgemeinen und speziell auch für das Rabelsche Thema so wichtig, daß hier etwas länger verweilt werden muß.

Rabel hebt zunächst zutreffend hervor, daß uns bis jetzt nur in *ὑποθήκη*-Verträgen[3])[4]) ein von ihm als „eigentliche[5]) Verfallsabrede"

---

[1]) Dies spricht aber auch gegen die Art der Verwendung dieser Urkunde durch Manigk, diese Ztschr. XXX S. 291; man darf sie wohl nicht ohne weiteres mit privaten Hypothekurkunden auf eine Stufe stellen. — [2]) S. auch Mitteis, diese Ztschr. XXX S. 444[1]. — Dagegen glaubt Manigk, diese Ztschr. XXX S. 286 ff., schon jetzt die vollständige Synonymität beider Bezeichnungen feststellen zu können. (Wegen des Wechsels beider Ausdrücke in P. Lond. II S. 220 Z. 10 und Z. 22 f., den Manigk a. a. O. S. 294 betont, vgl. Rabel S. 31.[1]) — [3]) Auch die verstümmelte Urkunde P. Lond. III S. 145 6 scheint am Schluß Bestimmungen über den Verfall zu enthalten; wie es bei dem nur teilweise mitgeteilten P. Rain. 1444 (Wessely Sitz. ber. Wien. Ak. 1891 S. 40/1) sich verhält, bleibt dahingestellt. — [4]) Manigk a. a. O. S. 291 macht allerdings dagegen geltend, daß es auch Hypothekarurkunden ohne Verfallsklausel gibt. S. aber zu dem von ihm angeführten P. Petr. III S. 164 oben A. 1; in dem weiter herangezogenen P. Oxy. 507 handelt es sich vielleicht um keine Hypothek (s. u. S. 462); BGU. 78 (jetzt

bezeichneter Passus begegnet.[1]) Die betreffende Stelle ist im wesentlichen übereinstimmend in den hermopolitischen Urkunden: Flor. 1, 81, Straßb. 52. Der von Rabel im Anhang der Schrift publizierte arsinoitische P. Bas. 7 ist anders stilisiert; aber das auch hier erscheinende *χωρὶς διαστολικοῦ* spricht dafür, daß sachliche Übereinstimmung besteht. Dieser P. Bas. leitet dann über zu der alexandrinischen *συγχώρησις* BGU. 741, wo es heißt:

ἐξῖναι — ἐπιτελεῖν τὰ κατὰ τῆς ὑποθήκης νόμιμα.[2])

---

neu ediert 445) enthält — abgesehen davon, daß die völlige Gleichsetzung von *ὑποθήκη* und *μεσιτία* noch keineswegs endgültig festzustehen scheint — nicht die Begründung der *μεσιτία*, und die späten Urkunden, in denen es sich nur um Ausgestaltung der *καθάπερ ἐκ δίκης*-Klausel handelt, können kaum wesentlich ins Gewicht fallen. — [8]) D. h. im Gegensatze zu dem sowohl in einem *ὑποθήκη*-Vertrag (P. Straßb. 52, neben der eigentlichen Verfallsklausel) als auch in einer *ὑπάλλαγμα*-Urkunde (Flor. 28) erscheinenden Versprechen: *ἃς καὶ παραδώσω κτλ.* Dieser Zusatz hängt anscheinend damit zusammen, daß es sich in beiden Fällen um Katökenland handelt (dies ist für Straßb. 52 sicher, für Flor. 28, wo die entscheidende Stelle zerstört ist, wahrscheinlich), und es wird ihm deshalb (worauf auch seine Stellung im Bau der Urkunde hinzudeuten scheint) keine entscheidende Bedeutung für die Beurteilung der Rechtsfolgen der betreffenden Rechtsgeschäfte beizumessen sein.

[1]) Bis vor kurzem konnte man auch der Ansicht zuneigen, daß auch die *κίνδυνος*-Klausel den *ὑπάλλαγμα*-Urkunden fremd sei (sie findet sich in Flor. 1, Straßb. 52, BGU. 741 *(ὑποθῆκαι)*, auch Oxy. III, 485 Z. 25/6 *(μένειν*-Urkunde*)* und Oxy. 507, bei letzterer handelt es sich aber vielleicht nicht um Hypothek, s. u. S. 462). Jetzt begegnet jedoch die *κίνδυνος*-Klausel auch in augusteischen *συγχωρήσεις*, in denen der Schuldner Erwerbsurkunden gewisser Vermögensstücke dem Gläubiger *ἐν ὑπαλλάγματι* gibt, so BGU. 1053, 1147, 1149, 1153[2] (s. dazu etwa Cod. Iust. 8, 16 (17), 2). In welchem Verhältnis diese Urkunden zu den oben behandelten *ὑπάλλαγμα*-Urkunden stehen, kann hier nicht näher untersucht werden. Zu beachten ist, daß auch in BGU. 301 anläßlich der Begründung eines *ὑπάλλαγμα* Übergabe der Erwerbsurkunden stattfindet, aber mit besonderer Motivierung (Rabel S. 57). — [2]) An sich ist diese Wendung allerdings geradeso farblos, wie das in BGU. 301 (einer Zusatzurkunde zu einem *ὑπάλλαγμα*-Vertrag) Z. 16 erscheinende: *αἷς* (sc. *οἰκονομίαις*) *ἐὰν μὴ ἀποδῶ χρήσῃ τοῖς περὶ τούτων νομίμοις πᾶσι;* denn damit ist doch wohl nur auf die *νόμιμα* verwiesen, die dem Gläubiger auf Grund der vorangegangenen Hypallage eventuell zustehen, ohne darüber Auskunft zu geben, wie diese im einzelnen gestaltet sind. Im übrigen enthält ja die Formulierung des BGU. 741 Abweichungen von der der sonstigen Hypothekarurkunden, die bekanntlich dazu geführt haben, hier eine Mischung mit römischen Elementen anzunehmen; s. aber dazu unten S. 467. — Besonders auffallend ist allerdings, daß nur hier das eventuelle *ἔλλειπον* ausdrücklich erwähnt wird (neben der *κίνδυνος*-Klausel, woraus mit Rabel (S. 72[1]) zu schließen ist, daß diese den Fall des *ἔλλειπον* nicht mit umfaßt). Aber es ist doch wohl nicht ausgeschlossen, daß auch bei den übrigen Urkunden Haftung für eventuelles *ἔλλειπον* bestand. Sollte vielleicht mit dessen Feststellung die *ἐπικαταβολή* in Zusammenhang stehen? Vgl. das *οὐδε]νὸς ἀξίου ὄντος* Z. 10 und *πε]ρὶ ἀνταξίας* (?) auf dem Verso in P. Magd. 31. Angesichts der starken Zerstörung dieses Stücks kann es sich hierbei natürlich nur um eine mit allem Vorbehalt ausgesprochene Vermutung handeln. Daß das Gesuch vom Schuldner ausgehe, wie Wilcken, Arch. f. Pap.-F. III S. 53/4, annimmt, ist nach dem Textrest wohl möglich, aber nach dem sonstigen Material über die *ἐπικαταβολή* wenig wahrscheinlich.

Die Klauseln der hermopolitischen Urkunden enthalten die ausdrückliche Statuierung des eventuellen Verfalls: ἀντὶ τῶν ὀφειλομένων[1]) und außerdem genaue Angaben über die Durchführung der Pfandvollstreckung.

Wenn man diese letzteren Angaben mit dem sonstigen uns über die Vollstreckung bei ὑποθῆκαι erhaltenen Material vereinigt und die daraus gewonnenen Ergebnisse mit denjenigen bezüglich der Vollstreckung bei ὑπάλλαγμα vergleicht, so hat es allerdings den Anschein, daß hier ein Unterschied insofern besteht, als nur bei ὑπάλλαγμα die ἐνεχυρασία notwendig ist. Auch Rabel weist auf diesen Punkt hin (S. 29/30); er geht aber nicht näher darauf ein und hält es für nicht ausgeschlossen, daß auch bei einer ὑποθήκη demnächst die ἐνεχυρασία begegnet. Da Manigk (diese Ztschr. XXX S. 287ff.) auch in dieser Richtung jeden Unterschied verneint, so erscheint es angezeigt, das Material für diese Frage kurz zu erörtern:[2])

Für die Vollstreckung bei ὑπάλλαγμα gewinnen wir folgendes Bild: Sie wird eingeleitet durch eine amtliche Zustellung mit der Androhung: ἐσομένην μοι τὴν πρᾶξιν ἀφ' ὧν τελειώσω ἐνεχυρασίας γραμμάτων ἔκ τε τῶν προκειμένων ὑπαρχόντων (den hypallagierten Grundstücken) καὶ ἐξ ὧν ἂν ἄλλων εὑρίσκω αὐτῆς (BGU. 888; vgl. den analogen Passus in BGU. 578, wo eine einfache Exekutivurkunde [ohne ὑπάλλαγμα] dem Verfahren zugrunde liegt.) Es ist also von vornherein Vollstreckung nicht nur in die hypallagierten Grundstücke, sondern auch in das andere Vermögen in Aussicht gestellt. Weiter ergibt sich, daß die γράμματα ἐνεχυρασίας in gleicher Weise die Grundlage für die Vollstreckung in die hypallagierten Grundstücke, wie in das sonstige Vermögen bilden sollen. Beide scheinen hinsichtlich des Ganges der Vollstreckung gleichzustehen. Dem entspricht, daß auch in dem — allerdings sehr zerstörten — Gesuch um ἐνεχυρασία[3]) BGU. 1038, sowohl die hypallagierten Grundstücke als auch das übrige Vermögen erwähnt werden: Z. 24/5 und Z. 4.[4]) Weiter können wir aus Flor. 56 schließen, daß auf die ἐνεχυρασία die προςβολή folgte, worunter wir wohl den Vollzug der Pfändung durch die πράκτορες zu verstehen haben.[5]) Diese προςβολή hat sich anscheinend sowohl auf die hypallagierten Grundstücke als auch auf ein anderes, nicht hypallagiertes erstreckt, welches die Gläubigerin den πράκτορες „noch dazu" angewiesen hat: ὃ προςπαρέδειξα in Flor. 56 Z. 14 (vgl. dazu παραδείξεως in dem an die ἐπι-

[1]) S. auch die μένειν-Urkunden: Oxy. III. 485. 506. — [2]) Es können hier nur die Hauptpunkte hervorgehoben werden; eingehendere Ausführungen behalte ich mir vor. — [3]) Auch hier ist wohl ein διαστολικόν vorausgegangen; vielleicht steht Z. 21/2 damit in Zusammenhang? — [4]) Die Ansicht von Manigk, a. a. O. S. 288, daß der Gläubiger von einer Vollstreckung in die hypallagierten Grundstücke absieht, erscheint nicht begründet; auch seiner Auslegung des: μηδὲ ἔχειν κτλ ist nicht zuzustimmen, vgl. dagegen die zutreffende Auffassung von Gradenwitz, Berl. Phil. Woch. 1906 Sp. 1353 und Koschaker, diese Ztschr. XXIX S. 36. — [5]) Vgl. jetzt BGU. 1132 Z. 17. — Daß die πράκτορες auch in Flor. 56 bei dem Verfahren mitgewirkt haben, ergibt sich aus Z. 16: πρακτορικά! —

τηρηταὶ ξενικῶν πρακτορείας auf Grund eines *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* gerichteten Gesuch, Oxy. IV, 712 l. 2). Auch bezüglich der jetzt in Flor. 56 beantragten *ἐμβαδεία* stehen sich die hypallagierten Grundstücke [1]) und das noch dazu angewiesene gleich.[2])

Anders bei der *ὑποθήκη*. Hier ist in den uns bis jetzt vorliegenden, die Vollstreckung betreffenden Urkunden nichts von *ἐνεχυρασία* bezüglich der *ὑποθήκη* gesagt. In Flor. 86 wird für die Hypothekschulden sofort die *ἐμβαδεία* in die verpfändeten Grundstücke und nur in diese in Aussicht gestellt — während für die nicht hypothekarisch gesicherte Schuld nur die allgemeine *πρᾶξις* in das übrige Vermögen angedroht wird[3]), wobei zweifellos das weitere Stadium für diese *πρᾶξις* die *ἐνεχυρασία* war. Hier hat nun allerdings bereits Überschreibung der verhypothezierten Grundstücke auf die Treuhandsgläubigerin stattgefunden.[4]) Daß diese aber nicht auf Grund einer *ἐνεχυρασία* erfolgte, ist mit Bestimmtheit anzunehmen, da dies sonst sicher in Flor. 86 erwähnt wäre. Möglich wäre wohl eine freiwillige Übertragung seitens des Schuldners, aber auch davon ist im Papyrus nichts gesagt. Der einzige Hinweis in Flor. 86 auf diese Umschreibung scheint in den Worten: *δηλωσασα και τα τελη και τας δαπανας των υπερχρονιων υπ' αυτου δεδοσθαι* zu liegen. Diese sind vielleicht dahin zu verstehen, daß nur die Zahlung von *τέλη*[5]) seitens des Gläubigers notwendig war, um die *μετεπιγραφή* bezüglich der verhypothezierten Grundstücke herbeizuführen, nachdem die ersten beiden Darlehen fällig geworden waren und Zahlung ausblieb. Das würde durchaus im Einklang stehen mit der Verfallsklausel in Straßb. 52.[6])

Damit scheinen auch die *διάστρωμα*-Einträge in Oxy. 274 Z. 20ff. zu korrespondieren. Bezüglich der *ἐπικαταβολή* ist (ebenso wie bezüglich der *ἀνανέωσις*) nur gesagt, daß das *τέλος* gezahlt sei; dagegen

---

[1]) Insofern tritt allerdings hier auch bei diesen Verfall ein (Manigk a. a. O. S. 291/2), s. aber die nächste Anm. — [2]) Die Ansicht Manigks a. a. O. S. 288, daß nur bezüglich der *ἄρουραι ὑπηλλαγμέναι* die *ἐμβαδεία* beantragt würde, ist nicht zutreffend. — Leider ist ja nicht sicher festzustellen, ob hier ein ganz reguläres Verfahren vorliegt, oder ob durch eine gütliche Vereinbarung mit dem Schuldner eine Abweichung hervorgerufen ist, da noch nicht feststeht, was unter der *τῆς καταγραφῆς συγχώρησις* zu verstehen ist. Es kann sich um Vergleich handeln (Rabel S. 73[1]), aber man wird doch nach wie vor bis zum Erscheinen von neuem Material auch an eine behördliche Verfügung denken müssen (Mitteis, diese Ztschr. XXVII S. 346, Lewald, Beitr. S. 72[1]), wobei auf das *συγχωρεῖν* z. B. in Teb. II, 291 Z. 33, Oxy. VII, 1032 Z. 11 u. a. a. O. zu verweisen und wozu die *ἐμβαδεύσεως ἄδεια* in Oxy. 274 Z. 24/5 zu vergleichen wäre. — [3]) Mitteis, diese Ztschr. XXVII S. 348. — [4]) S. Rabel S. 30[1]. — [5]) Von *πρακτορικά*, wie in Flor. 56 Z. 14 und Oxy. 712 Z. 21 ist nichts gesagt. — [6]) Nur in einem Punkt besteht eine Differenz: in den betreffenden Verfallsklauseln heißt es, daß kein *διαστολικόν* usw. nötig sein sollte; man kann daraus schließen, daß hier die Absicht der Parteien dahin ging, daß auch bei der Inbesitznahme keine behördliche Mitwirkung erfolgen, kein Gesuch um *ἐμβαδεία* notwendig sein sollte. Wenn uns nun trotzdem solche Gesuche bei *ὑποθῆκαι* begegnen, so liegt es nahe, an C. I. 8, 14, 3 zu denken. Übrigens fehlt auch in BGU. 741 das *χωρὶς διαστολικοῦ κτλ.*

heißt es für die ἐμβαδεία: daß der Gläubiger ἐπήνεγκεν ἐμβαδεύσεως ἄδειαν; darunter muß man wohl eine behördliche Bewilligung auf Grund eines ἐμβαδεία-Gesuchs verstehen und kann daraus schließen, daß hier eben nur für die ἐμβαδεία ein weiteres Angehen von Behörden nötig war.

Schließlich ist auch in dem allerdings sehr zerstörten BGU. 832 nur von ἐμβαδεία die Rede (Z. 22), und ebenso in dem eine μένειν-Urkunde betreffenden Oxy. III, 485.

Dies Material kann allerdings kaum als Grundlage für eine bestimmte Behauptung über den Unterschied von ὑποθήκη und ὑπάλλαγμα dienen, aber noch weniger dürfte es angesichts desselben ratsam sein, mit Manigk schon jetzt mit Sicherheit die Identität derselben anzunehmen. Vielmehr scheint es immerhin geeignet, die Vermutung zu tragen, daß es sich bei dem ὑπάλλαγμα (im Gegensatze zur ὑποθήκη) nur um eine Haftung der hypallagierten Gegenstände neben dem anderen zukünftigen Vermögen[1]) des Schuldners für die gewöhnliche πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης handelt, wobei das Veräußerungsverbot dazu diente, die fraglichen Objekte im Vermögen des Schuldners festzuhalten und so dem Gläubiger den Zugriff auf dieselben zu sichern. Auch Rabel denkt ja an Konventionalarrest (S. 77).

Sollte diese Vermutung durch neues Material bestätigt werden, so würde sich daraus ein wichtiger Anhaltspunkt für die Beurteilung insbesondere der folgenden Urkunden ergeben: Lond. II S. 219 (Rabel S. 32), Lond. II S. 216, Teb. II, 318 (Rabel S. 35; für Teb. II, 318 würde man dann wohl kein Bedenken tragen, in den zugrunde liegenden Urkunden ὑπαλλάγματα anzunehmen) Oxy. III, 507 (Rabel S. 36: hier würde man wohl mehr der Ansicht Partschs zuneigen und keine Hypothek, sondern nur durch Verfügungsverbot gesicherte Haftung für die πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης annehmen), Lond. III S. 105 (Rabel S. 37). —

Nach Rabels Beobachtungen begegnet, wie oben schon gesagt, das Verfügungsverbot in römischer Zeit zunächst bei Spezialverpfändung und zwar bei allen einschlägigen Urkunden — mit Ausnahme von BGU. 741.[2]) Dabei unterscheidet Rabel hier zwei Formulierungen desselben, von denen die eine: μὴ ἐξέστω (Hermup.) oder εἰς τὸ μὴ ἐξεῖναι (Fay.) bei Hypotheken[3]) und mit der Variation: οὐκ ἕξει τὴν ὁλοσχερῆ ἐξουσίαν (Fay.) auch bei einem Hypallagma vorkommt — während die andere mit φυλάξω (Hermup.) nur bei drei ὑπαλλάγματα[4]) sich findet. Danach läßt sich in bezug auf die Formulierung des Verbots allerdings

[1]) Ob der Gläubiger in erster Linie die Exekution in die hypallagierten Objekte betreiben mußte, ist fraglich, wenn man das πραχθῶ in Flor. 28 und Lips. 10 so fassen darf, daß der Schuldner unter Umständen trotz erfolgreich gegen ihn betriebener πρᾶξις doch die betreffenden Grundstücke behalten und nun wieder über diese frei verfügen kann. — [2]) S. dazu aber unten S. 467. — Zu vgl. ist auch der sehr lädierte Lond. III S. 146 Z. 49. — [3]) Dazu kann man auch das [οὐκ ἐξεῖναι] in Oxy. 506 Z. 41 stellen. — [4]) Ebenso auch Lond. II S. 216 (Herkunft unbestimmt, vielleicht Fayum?), Teb. II, 318 (Fay.), s. Rabel S. 35.

(wie auch Rabel S. 30 sagt), im allgemeinen keine sichere Grenze zwischen ὑποθήκη und ὑπάλλαγμα ziehen; aber sehr beachtenswert ist doch, daß wir für Hermupolis deutlich die verschiedene Fassung für ὑποθήκη und ὑπάλλαγμα erkennen können.

Außer bei Spezialpfändern erscheint das Verbot nach Rabel noch (S. 28ff.): ohne Erwähnung eines Pfandrechts, aber mit deutlicher Spezialhaftung (Lond. II S. 216, Teb. II, 318, dazu s. o.), bei Vermögenshaftung (Lond. III S. 105, dazu s. o.), bei Nutzpfand in Pachtform (Lond. III S. 136, wobei Rabel zutreffend ausführt, daß die Antichrese an sich dem Gläubiger keine dingliche Stellung verleiht, so daß das Verbot dazu dient, ihn in der Nutzung zu erhalten), schließlich noch bei dinglichem Arrest zur Sicherung (Lond. III S. 111).

Wie ist nun angesichts dieses Materials das Verbot zu erklären? Es ist sehr wertvoll, daß Rabel zunächst zum Vergleich die germanistischen Theorien heranzieht, die eine Fülle von Anregung gewähren. Es kann hier nur auf die knappe und doch präzise Darstellung verwiesen werden. — Für Rabel ergibt sich als Resultat: „daß nach Ansicht aller Neueren jene Vertragsklauseln einen handgreiflichen praktischen Zweck hatten, indem sie einem Mangel in der Rechtsstellung des Pfandgläubigers entgegenzuwirken bestimmt waren". Und angesichts der „Vielfältigkeit der denkbaren Erklärungen" ist es „möglich, daß man überhaupt nicht mit einer einzigen Erklärung auslangt".

Ehe er nun seinerseits die nach seiner Meinung für unser Material möglichen Erklärungsversuche nennt, erledigt Rabel noch zwei Fragen:

1. Welche Wirkung der Veräußerungsverbote als solcher ist nach gemeingriechischem Recht zu erwarten? Eine einheitliche Beantwortung hält Rabel angesichts des vielgestaltigen Materials mit Recht nicht für möglich. Er weist aber auch darauf hin, daß in einer Reihe von Fällen (aus altgriechischem und gräko-ägyptischem Recht) die Nichtigkeit bei Zuwiderhandlungen ausdrücklich bestimmt war, und daß man wohl annehmen muß, daß diese Absicht der Parteien auch erreicht wurde. — Dabei wird auch die Frage aufgeworfen, ob nicht unsere Auffassung von der dinglichen Unwirksamkeit der vertragsmäßigen Veräußerungsverbote in Rom eine irrige ist, und unter Hinweis auf die Inskription und durch Heranziehung von Cod. Iust. 4, 54, 9 allerdings wahrscheinlich gemacht, daß die als Grundlage unserer Auffassung dienende Stelle D. 2, 14, 6 sich nur auf einen besonderen Fall: das Verbot durch den Nachbar bleibenden Verkäufer bezogen hat.

2. In welchem Verhältnis steht das Verbot zu dem Grundbuchmechanismus im römischen Ägypten? [1]) Wir sehen, daß bei der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων nicht nur auf Grund behördlicher Verfügung Wahrungen vorgenommen wurden, die gegen Veräußerung schützen sollten, sondern daß auch das vertragsmäßige Verbot (ohne Erwähnung eines Pfandrechts) bei ihr angemeldet wird. Und wie einerseits zu vermuten ist,

[1]) Zu S. 68 [1] sei bemerkt, daß man in Teb. II, 318 bis zur Auffindung von Parallelen wohl auch an die Lesung πράξεως statt τάξεως denken darf.

daß die Verbuchung der *κατοχή* (des aus dem Verbot erfließenden Rechts des Gläubigers) bei der *β. ἐ.* notwendig war, um ihr allgemeine Wirkung gegen Dritte zu verleihen [1]), so ist andererseits anzunehmen, daß durch diese Verbuchung auch der Gläubiger vor Schaden durch spätere Einträge bewahrt wurde. Ein spezieller Beleg, der uns darüber Aufschluß gäbe, wie die *βιβλιοφύλακες* gegenüber späteren Verfügungen verfuhren, wenn ein Verbot bei ihnen gewahrt war, fehlt allerdings zurzeit noch, und es lassen sich daher über diesen Punkt nur Vermutungen äußern. Möglich ist, daß die *βιβλιοφύλακες* in einem solchen Fall die Beurkundung zuwiderlaufender Rechtsgeschäfte durch Verweigerung ihres *ἐπίσταλμα* verhinderten, wie sie auch — wenn eine solche Beurkundung ohne ihr *ἐπίσταλμα* vorgenommen worden war [2]) — nur vorläufig davon Kenntnis nahmen *(παραθεῖναι)*, ohne daß dadurch dem durch das Verbot Geschützten ein Schaden entstand. Auf jeden Fall scheint, wie Rabel sagt, die definitive Wahrung eines dem Verbot zuwider begründeten Rechts bei der *β. ἐ.* unzulässig gewesen zu sein.

Auch die Pfandrechte wurden bei der *β. ἐ.* angemeldet und die Rechte der Pfandgläubiger durch die *βιβλιοφύλακες* bei nachfolgenden Verfügungen seitens des Verpfänders gewahrt, in welcher Weise läßt sich allerdings nicht sicher sagen. Falls die (den *βιβλιοφύλακες* ja bekannte) Pfandurkunde das Verfügungsverbot enthielt, wie dies ja regelmäßig der Fall ist, so war wohl auch hier die definitive Verbuchung weiterer Verfügungen ausgeschlossen. Gilt dies aber nur dann, wenn die Urkunde das Verbot enthält, oder auch dann, wenn dies — wie es vielleicht [3]) in BGU. 741 der Fall ist — fehlt, m. a. W.: enthält das Pfandrecht von selber ein Veräußerungsverbot, so daß die Klauseln der Verträge nur Selbstverständliches wiederholen? Man wird mit Rabel dazu neigen, diese Frage zu bejahen. [4])

Da eine befriedigende Erklärung des Dispositionsverbots auf dem Boden des romanistischen Pfandrechtssystems nicht möglich erscheint, weil hier das Verbot dem Pfandgläubiger nur unbedeutende Vorteile bringen könnte [5]), und da auch eine solche aus dem Gesichtspunkt der vom Verpfänder zu leistenden *βεβαίωσις* unwahrscheinlich ist, so muß nach anderen Lösungen gesucht werden.

---

[1]) Vgl. dazu jetzt Mitteis, Berichte der Sächs. Ges. der Wiss. Phil.-hist. Kl. 62 (1910) S. 256ff. — [2]) Daß bei den Gesuchen um *παράθεσις* die zugrunde liegenden Urkunden ohne *ἐπίσταλμα* der *βιβλιοφύλακες* aufgenommenseien, ist allerdings nur eine von mir (Grundbuchwesen S. 136) geäußerte Vermutung. Diese gewinnt aber wohl nach den Ausführungen von Mitteis s. vor. Anm. S. 258 an Wahrscheinlichkeit, insbesondere wenn man dabei berücksichtigt, daß vermutlich schon durch die auf Grund der *προςαγγελία*, vor der Beurkundung (und diese liegt ja speziell in Teb. II, 318 weit zurück) erfolgende Erteilung des *ἐπίσταλμα* eine vorläufige Sicherung herbeigeführt worden wäre. — [3]) S. aber unten S. 467. — [4]) Anders Rugg. insbes. S. 83. — [5]) Erklärlich wäre dabei nur die Zusicherung der gegenwärtigen Freiheit von Lasten, wie diese vielleicht in BGU. 741 allein gegeben wird, sowie das Verbot der Verschleppung von Mobilien in Oxy. 507 (Rabel S. 67/8).

Rabel gibt zwei Erklärungsmöglichkeiten:

1. Enthält die Bestellung des Pfandrechts eine bedingte Übereignung, so ist mit dieser für die Zeit bis zum Verfall eine Weiterveräußerung und -verpfändung durch den Verpfänder unverträglich und deshalb ausgeschlossen. Das Verbot würde also nur „das Recht vor dem Verfall ausdrücken und umschreiben" (S. 82), wie auch sonst die „ausdrückliche negative Umschreibung der ganz normalen Vertragsfolgen" z. B. in den ptolemäischen Pachtkontrakten vorkommt. Diese Erklärung könnte natürlich nur zutreffen für das Verfallspfand, also die *ὑποθήκη* — vielleicht, falls die oben ausgesprochene Vermutung sich bestätigen sollte, nicht einmal für das *ὑπάλλαγμα*.

2.[1]) Möglich ist aber auch — und das erscheint als eine sehr ansprechende Vermutung —, daß das Dispositionsverbot eine sehr wichtige Funktion in der Entwickelung der Hypothek hatte, indem gerade erst durch dasselbe der Schutz des Pfandgläubigers gegen Dritte hergestellt wurde. Wie wir noch in später Zeit sehen, daß das Verbot zum Schutze eines Gläubigers dienen kann, der sich (wie bei der Antichrese) nicht in dinglicher Stellung befindet, so kann es ursprünglich auch in gleicher Weise zum Schutze des Hypothekargläubigers gedient haben, zu einer Zeit, wo dieser vielleicht noch nicht dinglich geschützt war und die Gefahr bestand, daß sein Recht durch Veräußerung vernichtet wurde.[2]) Denn mit Recht meint Rabel, daß es unbewiesen und unwahrscheinlich sei, daß der eigentliche Versatz ohne Besitz des Gläubigers zu allen Zeiten dingliche Wirkung gegen Dritte gehabt habe. Hat sich doch auch die römische Hypothek, nach Mitteis ursprünglich ein Beschlagsrecht, erst allmählich aus einem nur gegen den Verpfänder wirksamen Anwartschaftsrecht zum dinglichen Pfandrecht entwickelt, und zeigt doch noch in später Zeit die älteste Hypothek, die Invektenhypothek, sich insofern inferior, als hier bis zur Perklusion die ob pensionem haftenden Sklaven gültig freigelassen werden können. Sehr fein sind die Bemerkungen Rabels zu dem Formular bei Cato de agric. 146, 5: nicht um ein Besitzpfand handelt es sich hier, vielmehr hat der Gläubiger nur das Recht zur Inbesitznahme. Zu ihrer Vorbereitung dient das Verbot der Entfernung der Sachen von dem Grundstück, mit der sonst wohl das Recht des Gläubigers erloschen wäre. Nach der Vorschrift des Blanketts sollen die dem Verbot zuwider fortgeschafften Sachen ohne weiteres dem Gläubiger zu Eigentum verfallen. Erklärt sich dieser für das römische Recht befremdliche Eigentumsübergang ohne Tradition vielleicht daraus, daß „die Formel (domini esto), so gut lateinisch sie sprachlich

---

[1]) Über die Frage der Geltung des Vertrauensprinzips im ägyptischen Grundbuchverkehr (Rabel S. 87) vgl. jetzt auch Mitteis, oben S. 464 Anm. 1. — [2]) Für das Fortleben des Gedankens, daß ein Pfandrecht durch Veräußerung an einen Dritten vernichtet werden könne, im Osten verweist R. auf C. I. 8, 13, 15; 8, 25, 10; 8, 27, 12, und auch, im Anschluß an Partsch, auf C. I. 8, 13, 14 und 4, 10, 14.

ist, aus großgriechischen Formularen übernommen" ist? Ist vielleicht, so fragt Rabel, die ganze Invektenhypothek griechischen Ursprungs? —

Der Schrift ist noch eine wertvolle Gabe angefügt: die vortreffliche Edition einer Hypothekarurkunde aus dem Fayum, deren defekter Zustand angesichts des Mangels direkter Parallelurkunden sehr schmerzlich ist.

Die Arbeit de Ruggieros, zu der ich jetzt übergehe, war bereits abgeschlossen, aber noch nicht veröffentlicht, als Rugg. von Rabels Schrift Kenntnis erhielt, worauf er einen zweiten Teil hinzufügte, in dem er zu den Ausführungen Rabels Stellung nimmt.

Im ersten Teil geht Rugg. (indem er sich den bekannten Ausführungen Costas anschließt und gegen die Angriffe Darestes wendet) davon aus, daß die griechische Hypothek — im Gegensatz zur römischen — eine eventuelle Hingabe an Erfüllungsstatt sei. Daraus erklären sich nicht nur andere Klauseln der griechisch-ägyptischen Hypothekarurkunden, sondern insbesondere soll auch nach Rugg. von hier aus das Dispositionsverbot seine Erklärung finden.

Das die Grundlage der Untersuchung bildende Papyrusmaterial besteht im wesentlichen aus den gleichen Urkunden wie die von Rabel benutzten.[1]) Bei den eingehenden Erörterungen desselben wird kein Unterschied zwischen *ὑποθήκη* und *ὑπάλλαγμα* gemacht (wie Rugg. auch nach Rabels Schrift glaubt, daß bis jetzt kein wesentlicher Unterschied zu erkennen sei, S. 75). Sonst ist als Divergenz hervorzuheben die verschiedene Auffassung von Lond. III, 1168 S. 135 (Rugg. S. 20/1).[2]) Im Endresultat gehen hier allerdings die Anschauungen nicht so weit auseinander, wie man nach Rugg. S. 73/4 annehmen könnte, denn auch nach Rabel (S. 40) könnte man sagen „... der Gläubiger hätte kraft des Veräußerungsverbots, wenn es dinglich wirkte, ein Bewahrungs- und Nutzpfand am Grundstück". Aber das hier Wesentliche und von Rabel richtig Betonte ist, daß die *μίσθωσις* an sich keine dingliche Stellung gibt, daß diese erst eventuell gerade durch das Veräußerungsverbot geschaffen wird.

Interessant ist die Erklärung von Oxy. 507, wonach es sich hier nicht um wahres Darlehen, sondern um Umwandlung einer Kaufgeldschuld handelt (S. 13/5). Aber der Papyrus bietet keinen weiteren Anhalt für diese Annahme, und da von *συνωνή* die Rede ist, könnte Diogenes auf jeden Fall nur als Verkäufer eines Teils des Heus in Frage kommen (was wohl Rugg. in dem: almeno in parte [S. 15] berücksichtigt). — Für Lond. II, 311 S. 219 weist Rugg. darauf hin, daß hier in dem Verfügungsverbot, das sich ja auch auf Sklaven bezieht, nichts von der Freilassung derselben gesagt sei. Er hält dies für überflüssig, da eine Handlung in fraudem creditoris vorliege. Aber

[1]) Die von Rugg. nicht verwerteten, von denen Lond. III S. 111 die wichtigste ist, sind angegeben bei Rugg. S. 72. — [2]) Von *οἴκησις* (Rugg. S. 20), wobei allerdings vielleicht ohne weiteres an ein dingliches Recht zu denken wäre (s. Eger, Grundbuchw. S. 54[2]), ist im Papyrus nicht die Rede.



sollte nicht vielmehr auch die Freilassung in dem *οὐδ' ἄλλως [κατα-χρηματ]ίσαι* mitinbegriffen sein?

Davon ausgehend, daß das Verfügungsverbot eine Eigentümlichkeit der griechischen Hypothek sei, prüft Rugg. die Urkunden in dieser Richtung und kommt zu dem Resultat, daß es sich in allen denjenigen Urkunden, die ein Verfügungsverbot enthalten, um eine griechische Hypothek oder doch um eine solche von griechischem Typus handle. Dagegen schreibt er insbesondere der Hypothek in BGU. 741, wo ein Verfügungsverbot zu fehlen scheint, römischen Typus zu (im Anschluß an Gradenwitz und Costa), allerdings mit der Annahme einer Mischung mit griechischen Elementen. Man wird aber m. E. noch weiteres Material abwarten müssen, bis man definitiv die Fragen entscheiden kann, inwieweit die Eigentümlichkeiten der Formulierung von BGU. 741 damit zusammenhängen, daß hier eine alexandrinische *συγχώρησις*-Urkunde vorliegt, bei denen vielleicht diese Fassung üblich war, und damit weiter, ob diese Abweichungen in der Form von anderen Hypothekurkunden auch wirklich sachliche Verschiedenheiten bedingen.[1]) Allerdings scheint hier das Verfügungsverbot zu fehlen. Aber ist dies nicht vielleicht in der Klausel: *παρέχεσθαι — τὴν ὑποθήκην καθαρὰν κτλ* (Z. 36ff.) enthalten[2]), ebenso wie in der *παρέξεσθαι*-Klausel der neuen *συγχωρήσεις* BGU. 1147, 1151, für welche Rugg. dies mit Recht annimmt (S. 84ff.)? Bedenklich ist allerdings das Präsens *παρέχεσθαι*, auf welches Rabel (S. 67) hinweist, aber es könnte damit wohl auch eine dauernde Garantie, auch für die Zukunft, ausgesprochen sein.

Rugg. hält es weiter für möglich[3]), daß auch in Lips. 10 eine Mischung von griechischen und römischen Elementen vorliegt; aber die von ihm für letztere geltend gemachten Umstände reichen kaum aus, um der Urkunde hybriden Charakter zuzuschreiben. Es liegt wahrscheinlich ein *ὑπάλλαγμα* (wie in Flor. 28) für das Kapital verbunden mit einer Antichrese für die Zinsen vor (so Rabel, S. 33).

Wie erklärt nun Rugg. das Verfügungsverbot in den Urkunden? Nach ihm hängt es unmittelbar zusammen mit dem Ursprung der Hypothek: diese ist aus der *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* entstanden. Letzteres ist allerdings nicht so zweifellos, und erst jüngst hat sich ja auch Pappulias dagegen geäußert. Schwierig ist diese Frage schon um deswillen, weil man bezüglich der Natur der *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* durchaus nicht klar sieht. Handelt es sich dabei um suspensiv oder um resolutiv bedingte Übereignung, bzw. im letzteren Fall: fällt das Eigentum bei Zahlung ipso jure an den Schuldner zurück oder hat er nur einen persönlichen Anspruch auf Rückübertragung? Dies berücksichtigt auch Rugg.; er erwägt die Gründe, die für das eine wie für das andere sprechen und gelangt insbesondere auf Grund neuen Materials zu dem

---

[1]) S. auch oben S. 459 A. 2. — [2]) Diese Möglichkeit wird wohl auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß in P. Bas. 7 anscheinend die *παρέξεσθαι*-Klausel neben dem *εἰς τὸ μὴ ἐξεῖναι πωλεῖν κτλ* vorkommt (s. aber Rabel S. 67/8). — [3]) Zu dem noch herangezogenen BGU. 301 s. oben S. 459 A. 2.

Resultat, daß bei der πρᾶσις ἐπὶ λύσει suspensiv bedingte Übereignung stattfand. Aber das neue Material, auf das er sich stützt, erscheint wenig beweiskräftig, denn es sind — außer der ὠνὴ ἐν πίστει im P. Heid. (Philol. LXIII), von der man doch noch kaum sagen kann, in welchem Verhältnis sie zu der griechischen πρᾶσις ἐπὶ λύσει steht — nur die drei von Spiegelberg[1]) jüngst edierten demotischen Kaufpfandverträge. Man wird aber doch aus diesen ägyptischen Urkunden vorerst kaum weitreichende Schlüsse auf die Natur der griechischen πρᾶσις ἐπὶ λύσει, aus der sich die griechische Hypothek entwickelt haben soll, ziehen dürfen. Denn man wird in erster Linie damit rechnen müssen, daß diese demotischen Urkunden national-ägyptisches Recht wiedergeben, was auch nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß die griechische Bankquittung angesichts des ägyptischen Pfandvertrags, der ebenso wie die griechische Hypothek Pfandzwecken dient und dem gleichen τέλος unterliegt, von ὑποθήκη und ὑποτίθεσθαι redet.[2])

Doch unterstellen wir, daß bei der πρᾶσις ἐπὶ λύσει suspensiv bedingte Übereignung stattfand, wobei natürlich jede weitere Verfügung seitens des Schuldners ausgeschlossen gewesen wäre, so vollzieht sich dann nach Ansicht de Ruggieros ganz natürlich der Übergang zur Hypothek: man unterließ den Verkauf, erhielt aber die wesentlichen Wirkungen, indem man dem Gläubiger das Recht einräumte, sich der Sache zu bemächtigen und mit ihrem Wert zu befriedigen, während andererseits das Veräußerungsverbot die Sicherung verschaffte, die früher durch den Verkauf selbst begründet war. Ob diese Entwicklung wirklich so natürlich und leicht erklärlich ist, wie Rugg. meint, kann hier nicht erörtert werden. Aber wenn man ihm auch folgen wollte, so müßte man erwarten, daß er zur Annahme gelangt, daß wenigstens auf der ersten Entwicklungsstufe der Hypothek das Dispositionsverbot für sie essentiell gewesen sei, weil nur dann die gleichen Wirkungen wie bei der vorbildlichen πρᾶσις ἐπὶ λύσει erreicht wurden. Jedoch das Gegenteil ist der Fall. Bei seiner Kritik der herrschenden Lehre vom gesetzlichen Dispositionsverbot bei der griechischen Hypothek, wobei er die Quellen einer eingehenden Prüfung unterzieht und zu teils mit Rabel übereinstimmenden, teils von diesem abweichenden und auch neuen Lösungen gelangt, ergibt sich auch als Resultat, daß kein schlüssiger Beweis für die herrschende Lehre vorliege. Vielmehr glaubt Rugg., indem er in diesem Punkt noch einen Schritt weiter als Rabel geht, daß das Verbot nur auf Vereinbarung der Parteien beruhe und erst auf dem Wege der Gewohnheit zu einem naturalen Element der Hypothek geworden sei.

Den Zweck des Verbots sieht Rugg. vor allem darin, daß dem Gläubiger, dem schon von Haus aus die dingliche actio hypothecaria zustehe, prozessuale Unannehmlichkeiten und Weitläufigkeiten im

---

[1]) In Rec. de travaux rel. à la philol. et à l'arch. ég. et assyr. XXXI. — [2]) Zu beachten ist, daß auch in dem P. Heid. die Parteien Ägypter sind.

Prozeß gegen einen Dritten erspart werden sollen, wogegen aber die zutreffenden Ausführungen von Rabel (S. 69) zu vergleichen sind.

Daß das Verbot die Nichtigkeit der ihm zuwider vorgenommenen Verfügungen begründet, unterliegt für Rugg. hinsichtlich des griechischen Rechts keinem Zweifel; für Ägypten nimmt er an, daß wenigstens bei Immobilien Wahrung in der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* erfolgen muß, um volle dingliche Wirkung herbeizuführen.

Schließlich weist Rugg. noch darauf hin, daß in den römischen Quellen nur einmal das gegen den Verpfänder gerichtete Veräußerungsverbot direkt erwähnt wird[1]), daß die häufige Erwähnung der Zustimmung des Gläubigers zur Veräußerung oder Verpfändung damit nicht in Zusammenhang steht, da es sich hierbei stets um die Frage handelt, ob in der Zustimmung des Gläubigers ein Verzicht auf sein Pfandrecht zu erblicken ist, wobei die bejahende Antwort der Quellen nur dann verständlich ist, wenn die Zustimmung an sich nicht notwendig war. Für C. I. 8, 13, 15 nimmt auch Rugg. an, daß hier die Anfrage von griechischen Rechtsgedanken beeinflußt gewesen sei und auf dem Standpunkt der Unzulässigkeit der Veräußerung des Pfands gestanden habe; aber auch in C. I. 8. 25, 10 und 8, 27, 12 scheinen die Kaiser, ebenso wie in C. I. 8, 13, 15, der Befürchtung entgegengetreten zu sein, daß durch eine Veräußerung das Pfandrecht vernichtet werden könne (Rabel S. 95).

Umgekehrt läßt sich ein gegen den Pfandgläubiger gerichtetes pactum de non vendendo in den Papyri bis jetzt nicht nachweisen.

In einem zweiten Teil bespricht de Ruggiero die Schrift Rabels. Man wird jedoch durch seine Ausführungen nicht genötigt, die von Rabel gewonnenen Resultate aufzugeben. Insbesondere bleiben nach wie vor dessen vorsichtige Äußerungen in der Frage des gesetzlichen Verfügungsverbots im altgriechischen Recht mit den Quellen vereinbarlich. Auch seine beiden, für das Verbot gegebenen Erklärungsmöglichkeiten bleiben bestehen, ohne daß man sich in der Richtung der zuerst gegebenen entscheiden müßte, mit der sich de Ruggerios Standpunkt berührt, denn auch die von letzterem gegebene Erklärung des Verbots beruht in der Hauptsache bis jetzt auf Hypothesen, die, als solche erkannt, allerdings ihre Berechtigung haben. Aber selbst derjenige, der glaubt, in diesen zweifelhaften Fragen de Ruggiero nicht folgen zu können, wird nicht anstehen, seine Arbeit (namentlich auch wegen ihrer sehr gediegenen und fördernden Einzelausführungen) ebenfalls als wertvollen Beitrag zur Klärung des Problems zu begrüßen.

Basel. O. Eger.

[1]) Vgl. zur Marcianstelle oben S. 456/7.

H. F. Hitzig, Die Herkunft des Schwurgerichts im römischen Strafprozeß. Eine Hypothese. Zürich 1909. Orell Füßli. 58 SS.

Bereits in seiner Besprechung von Mommsens Strafrecht (Schweiz. Ztschr. f. Strafr. XIII [1900] SS. 191, 200ff.) hat H. gegen die von Mommsen über die Herkunft des Quaestionenprozesses ausgesprochene Ansicht Stellung genommen, da er in derselben eine befriedigende Lösung des Problems nicht erblickte, und hat dagegen die Vermutung geäußert, daß es sich hier um eine Anknüpfung an griechische Vorbilder handle. Die nähere Begründung dieser Hypothese ist der Gegenstand der vorliegenden Schrift.

Es wird darin ausgegangen von dem uns bruchstückweise erhaltenen Gesetz, in dem wir höchst wahrscheinlich die lex Acilia repetundarum vom Jahre 123/2 v. Chr. erkennen dürfen. Erst durch dieses Gesetz soll nach H.s Ansicht das Geschworenengericht unter magistratischem Vorsitz eingeführt worden sein, — und nicht schon durch die lex Calpurnia, wie dies insbesondere Mommsen (Strafrecht S. 190, 708) annimmt. Für letzteres Gesetz glaubt H., daß nach ihm wahrscheinlich die Entscheidung einem vom praetor peregrinus eingesetzten Rekuperatorengericht (ohne magistratischen Vorsitz) zugestanden habe. Aus der lex Acilia (Z. 23) ist aber nur das sicher zu entnehmen, daß nach der lex Calpurnia (und der lex Iunia) legis actio sacramento stattfand, und daraus kann man gerade umgekehrt schließen, daß schon seit der lex Calpurnia ein ständiger Gerichtshof existierte [1]), wofür auch die Angaben Ciceros [2]) sprechen. Zuzugeben ist, daß die lex Acilia bedeutsame Neuerungen gebracht hat, so die Umwandlung der Rückforderungsklage in eine Strafklage, Einführung der nominis delatio statt legis actio sacramento, Schaffung der Repetundenprätur; aber dies schließt nicht aus, daß bereits vor ihr ein ständiger (aus Senatoren gebildeter) Gerichtshof unter magistratischem Vorsitz für Repetundensachen bestand. Übrigens wird, auch wenn man H. in diesem Punkt nicht folgen will, das Gewicht der für seine Hypothese beigebrachten Gründe kaum vermindert; nur der als unterstützendes Moment wirkende Hinweis darauf, daß sich bei den Neuordnungen des Gaius Gracchus anscheinend auch sonst Anknüpfung an griechische Vorbilder nachweisen läßt (S. 49), verliert an Bedeutung.

In sehr klaren Ausführungen werden die wichtigsten Bestimmungen des acilischen Gesetzes dargelegt. Dabei ist hervorzuheben der Dissens zwischen H. und Mommsen in der Frage, ob der vorsitzende Magistrat bei der Entscheidung mitstimmte. Man wird sich hier H. anschließen müssen, da die von Mommsen für die Bejahung der Frage angeführten Gründe (die Zahl [50] der Geschworenen in der lex Acilia, sowie die [jetzt auch von H. anerkannte] Tatsache, daß auch der praetor in

[1]) Vgl. Mitteis, Privatr. S. 52 [20]; abweichend Girard Z. Sav. XIX S. 125/6. — [2]) Mommsen S. 708.

diesem Gesetze beiläufig als judex bezeichnet wird) nicht durchgreifen; auch für den Prozeß des Milo betont H. mit Recht, daß hier das Mitstimmen des Vorsitzenden nicht sicher zu erweisen ist.

Von großer Bedeutung für H.s Beweisführung ist die außer Frage stehende Tatsache, daß die Repetundengesetzgebung in erster Linie für den geschädigten Nichtbürger geschaffen worden ist (S. 18, 47/9). In der lex Acilia kann man sogar auch ein auffallendes Zurücktreten des römischen Patrons erkennen: der Nichtbürger kann selbständig die nominis delatio vollziehen; erst nachher wird, wenn er es will, ein Patron für ihn ernannt, über dessen Tätigkeit aber im ganzen Gesetzestext, soweit er uns bekannt, nichts gesagt ist; man gewinnt mit H. den Eindruck, daß der Patron „nicht eine notwendige Figur im Verfahren" war (S. 20). Das ist besonders auffallend, weil nicht nur später, bei Cicero, der Patron ganz in den Vordergrund tritt, sondern auch schon früher bei dem — außerordentlichen — Repetundengericht mit Rekuperatoren die patroni als zur Prozeßführung notwendig erscheinen (S. 40[1]).[1])[2]) —

In der Herkunftsfrage selbst wird man, H.s Ausführungen folgend, zugeben müssen, daß sämtliche seither gemachten Lösungsversuche zu nicht befriedigenden Ergebnissen geführt haben. Insbesondere wird man auch der Ansicht Mommsens, nach der es sich um eine selbständige römische, durch Vereinigung und Umbildung bestehender Ordnungen (Kombination des magistratischen Inquisitionsverfahrens und des deliktischen Privatprozesses vor Geschworenen) entstandene Neuschöpfung handle[3]), höchstens den Wert einer Hypothese beilegen, die zudem auf zum Teil wenig sicheren Fundamenten ruht.

Dieser stellt denn Hitzig seine eigene entgegen, wonach, wie schon oben gesagt, eine Anknüpfung an griechische Vorbilder wahrscheinlich ist. Und in der Tat, es gelingt H., eine überraschende Fülle von Parallelen in dem ja in erster Linie für Peregrinen geschaffenen Verfahren der lex Acilia und dem griechischen Recht, insbesondere dem griechischen Fremdenprozeß aufzudecken, für die im einzelnen nur auf die trefflichen Ausführungen H.s verwiesen werden kann. Man wird hier, wie auch an anderen Orten des römischen Prozeßrechts, mit der Möglichkeit einer erheblichen Einwirkung griechischer Gedanken ernstlich rechnen müssen.

Basel. O. Eger.

---

[1]) Für die lex Calpurnia und die lex Iunia wird man allerdings auch anzunehmen haben, daß hier der Peregrine selbst die legis actio hatte, vgl. Mitteis, Privatr. S. 124[45]. — [2]) Verwiesen sei hier noch auf die wichtigen Bemerkungen über prozessuale Stellvertretung (S. 22/3) und die Stellung der praedes (S. 35/6) in der lex Acilia. — [3]) Strafr. S. 186.

Giannino Ferrari, I documenti greci medioevali di diritto privato dell' Italia meridionale e loro attinenze con quelli bizantini d'oriente e coi papiri greco-egizii. [Byzantinisches Archiv als Ergänzung der Byzantinischen Zeitschrift, in zwanglosen Heften herausgegeben von Karl Krumbacher Heft 4.] Leipzig 1910, B. G. Teubner. VIII und 148 S. 8°.

Seit längerer Zeit besitzen wir zahlreiche publizierte griechische Urkunden aus Unteritalien und Sizilien. Das Großteil der Veröffentlichungen stammt schon aus den sechziger Jahren, wo ungefähr gleichzeitig Spata, Trinchera, Cusa und der Grieche Zampelios mit ihren Editionen begannen.[1]) Von diesem großen und reichen Bestande hat die Rechtsgeschichtsschreibung bisher, von Brandileones trefflichen Arbeiten abgesehen, fast nur einen zufälligen und höchst spärlichen Gebrauch gemacht. Warum? Ferrari rügt mit Recht die Mangelhaftigkeit der Ausgaben; mit Sehnsucht wartet man auf das von den vereinigten Akademien vorbereitete „Corpus der Griechischen Urkunden des Mittelalters und der neueren Zeit".[2]) Aber an der Vernachlässigung so wertvoller Quellen tragen wohl minder die wenig erbaulichen Editionsmethoden jener Gelehrten, als die noch weniger erquicklichen Grenzverhältnisse zwischen Romanistik und Germanistik schuld. Wir führen keine Kriege mehr miteinander, doch wir sind von so tiefem gegenseitigen Respekt durchdrungen, daß auf die Grenzgebiete sich ein jeder nur mit angstvollem Gefühle wagt. Dem Zwischenland aber scheinen griechisch geschriebene Verträge aus dem 10. bis 13. Jahrhundert und dem bunten Völkergemisch des viel heimgesuchten südlichen Italiens angehören zu müssen — trotzdem wir freilich längst wissen, daß unter den Normannenherzögen und -königen das Personalitätsprinzip beobachtet wurde, die griechische Bevölkerung nach ihren Gesetzen leben durfte.

Der Schein trügt aber nach des Verfassers Überzeugung. Er erklärt den Inhalt der Urkunden fast ausschließlich aus der Fortdauer griechisch-römischer Rechtsideen und Formulare, verneint in fast allen Punkten einen namhafteren normannischen, geschweige denn langobardischen oder arabischen oder — in der ersten Staufenzeit — deutschen Einfluß. Zu seiner Ansicht gelangt er, indem er das Material von der antik-rechtlichen Seite her in Bearbeitung nimmt, es mit dem oströmischen vergleicht und immer wieder die wesentliche Verwandtschaft zu diesem feststellt. Das Ergebnis bestätigt ihm dann offenbar

---

[1]) Spata, Le pergamene greche . . . Palermo 1864; Diplomi greci, Tor. 1870 (Miscellanea di storia italiana e Torino tom. IX e XII). Trinchera: Syllabus graec. membranarum Neap. 1865. Cusa: I diplomi greci ed arabi di Sicilia Palermo 1869. 1882. Zampelios: Ἰταλλοελληνικά Athen 1864. Vgl. Paul Marc, Plan eines Corpus der griech. Urk. 57ff. — [2]) Vgl. darüber zuletzt P. Marc, Byz. Z. 18 (1909) 703, und desselben Bericht und Druckproben, bestimmt zur Vorlage auf der Versammlung der Internat. Association der Akademien, Rom, 9.—15. Mai 1910.

die Richtigkeit seiner Methode; die Urkunden aus Kalabrien, Apulien, Sizilien antworten ihm auf den romanistischen Anruf in gleicher Sprache.

Damit dürfte sofort das Wichtigste zur Charakterisierung des Buches gesagt sein, seiner großen Stärke und vielleicht auch einer gewissen Schwäche, die zutage treten könnte, wenn einmal ein Germanist von seinem Standpunkt aus den ganzen Stoff betrachtete. Daß die Urkunden eine von den lateinischen derselben Gegenden abgesonderte Gruppe bilden, erklärt Verf. vornweg selber bloß zu „fingieren"; er glaubt wohl selbst an eine weitreichende Identität des Stils dort und da. Die nichtgriechischen werden ausgeschieden, *„per commodo di trattazione e per fissarci dei limiti"* (S. 1), allenfalls gestreift (z. B. S. 16). Ebenso wird der germanische Rechtskreis nur gelegentlich kurz zum Vergleich herangezogen (z. B. S. 61. 68. 85), eine systematische Vergleichung nur dem orientalischen gewidmet. Allein das alles ist nicht so gefährlich als es aussieht. Finden sich in Zukunft etwa mehr Analogien mit außergriechischen Übungen, so werden dadurch die Ergebnisse des Verfassers nur in einzelnen Punkten berührt werden können; denn keine derselben kann die hohe Bedeutung und die klare historische Rolle für sich gewinnen wie der staatliche und nationale Zusammenhang der italienischen mit den östlichen Angehörigen des spätrömischen Kaiserreichs, von dem der Verf. mit Recht ausgeht. Zudem weiß der Verf. selbst genau was er tut. Daß er nicht einseitig orientiert, sondern in der germanischen Rechtsgeschichte wohl zu Hause ist, hat er jüngst bewiesen.[1]) Ein sehr fleißiger, exakter und geschickter Arbeiter, mit entschiedenem Sinn für historische Entwicklungen begabt, tritt er so selbstkritisch und bescheiden auf, daß seine vorsichtig gefaßten Ergebnisse vielleicht nicht erschöpfend, seine Behauptungen, wie er sie gibt, aber in den seltensten Fällen geradezu unrichtig erscheinen. Für die Zukunft stellt er eine Fortsetzung betreffs späterer Urkunden in Aussicht; er sei hiermit auch um eine innere Auseinandersetzung des ganzen Materials namentlich mit dem langobardischen, fränkischen und normannischen Recht ersucht.

Das Buch zerfällt in drei Teile. Im ersten (S. 1—76) geht F. unmittelbar an seine italienischen und sizilianischen Urkunden heran, im 2. (77—111) wendet er sich zu den byzantinischen Urkunden aus dem Osten, welche hauptsächlich in der bekannten aber ebenfalls sehr vernachlässigten Sammlung von Miklosich und Müller: Acta et diplomata graeca Medii Aevi sacra et profana, Vindob. 1860—1890, vorliegen, meist aus dem 13., leider nur selten aus dem 10.—12. Jahrhundert stammend. Schließlich betrifft der 3. Teil (112—140) die griechischen Papyri aus Ägypten vom 6./7. Jahrhundert, teilweise auch ältere. Diese Anordnung ist nicht sehr glücklich, da der Leser aus der byzan-

[1]) La degenerazione della stipulatio nel diritto intermedio e la clausola ‚cum stipulatione subnixa', S.-A. aus Atti del R. Ist. Veneto di scienze, lettere ed arti, Tomo LXIX parte II, Venezia 1910.

tinischen Provinz ins Mutterland und dann in frühere Zeit zurückgeführt wird, häufig Wiederholungen veranlaßt werden und trotz ihrer die Übersicht Mühe macht. Auch fehlen Tabellen, die den fortgesetzten Vergleich veranschaulichen würden. Erleichternd wirkt immerhin die analoge Gedankenfolge, die Verf. in allen drei Teilen festhält und die Beschränkung auf die wichtigsten Vertragstypen: Kauf, Adoption, Ehevertrag, Testament. Daß andere nicht vorkommen, wäre allerdings eine unrichtige Meinung. Ein Darlehen z. B. nennt Verf. selbst S. 134 N. 4 (Trinchera Nr. 323), eine locatio decennalis steht ebenda Nr. 321 S. 471; beides sind freilich keine Chirographa, aber gerade deshalb beachtenswert.

Den ersten Teil eröffnet eine kurze instruktive Einleitung über Editionen, Sprache, Territorialgebiet und Stil der documenti, fußend auf einer emsigen Durchforschung der Literatur über byzantinische und frühitalienische Kultur. Die Nationalität der Parteien bespricht Verf. nicht; sie wird sich auch kaum irgend durchgehend feststellen lassen. Ob es wirklich immer Griechen waren? Vorläufig bleibt es bei der etwas unbehaglichen Situation, daß wir vom „byzantinischen Süditalien, oder besser gesagt dem von den Griechen bewohnten Territorium" (S. 142) hören, ohne zu wissen, ob dieser Ausdruck nicht zu eng oder zu weit ist. — Neapel selbst war endlich lateinisch geworden. Südlich davon erfolgte seit der byzantinischen Eroberung vom 8. bis ins 11. Jahrhundert eine ausgesprochene griechische Renaissance, eine neue Hellenisierung, welche unter der normannischen Herrschaft (seit ca. 1060, Belehnung des Robert Guiscard) ungestört ihre Wirkungen weiter übte. Dagegen ist seit den Constitutiones Siculae K. Friedrich II. von 1231 die Form der Verträge deutlich verändert. Verf. setzt daher dem gegenwärtigen Buch, „das nicht definitiv sein kann", mit dem Jahre 1231 das Ziel.

Kap. 1 behandelt die mit der Urkundenverfassung betrauten Personen. Es sind Angehörige des staatlich geordneten Notarstandes[1]), fast immer Kleriker. Entgegen Zachariäs Ansicht (Byz. Zschr. 2, 177ff.) macht Verf. wahrscheinlich, daß *ταβουλάριος* und *νομικός*, welche so wie im Osten auf dem italienischen Festland im 12. und 13. Jahrhundert nebeneinander und zusammen vorkommen, die gleichen Personen bezeichnen. *Νομικός* sei als Adjektiv gedacht, *νομικὸς ταβουλάριος* der vollere Titel, wovon bald der eine, bald der andere Teil gebraucht wird (S. 9. 11. 79f.). *Tabellio* ist jetzt ebenfalls dasselbe, dagegen *νοτάριος* eigentlich noch immer ein einfacher Schreiber oder Tachygraph (= exceptor), wie man seit Zachariae a. a. O. 182 wohl allgemein annimmt.

Kap. 2. Der Notar verfaßt und schließt die Vertragsurkunde, worauf mehrere Zeugen unterschreiben, unter diesen üblicherweise Amtspersonen verschiedener Art: *imperiali criti*, *κόμης κόρτης*, *τοποτερίτης* u. a. In ihrer Unterschrift sieht Verf. eine Übung freiwilliger

[1]) Zur allgemeinen Orientierung ist besonders Ernst Meyer, Ital. Verfassungsgesch. 1, 99ff. zu empfehlen.

Gerichtsbarkeit (S. 18 f.), welche im Verein mit der Redaktion durch den kompetenten Notar dem Instrument öffentlichen Glauben verleihe (S. 11). Hier ist verschiedenes noch dunkel. Verf. selbst zweifelt, wie weit sich eine Anknüpfung an die alte Insinuatio bemerkbar mache, wie weit etwa auch eine Folge der deutschrechtlichen Solennitäten oder ein Zusammenhang mit den späteren *iudices actorum (ad contractus)* (S. 16 f. 85). Den germanischen Einfluß schlägt er nicht hoch an, an die erstere Verbindung wird man mit ihm nach allem, was man über die lange Nachwirkung der gesta municipalia weiß[1]), gern glauben. Aber wie steht es mit der Tatsache selbst? Etwas auffällig ist mir für die byzantinische Zeit, daß nicht überall in den Urkunden als solche bezeichnete Amtspersonen auftreten, — vgl. z. B. die ältesten Urkunden bei Trinchera Nr. 8 (v. J. 891), 9, 13, ferner z. B. Nr. 24 — und noch mehr, daß man sich mit der bloßen Titulierung in der Zeugenfertigung mitten unter den gewöhnlichen Aktzeugen begnügte. Über die gleichzeitigen lateinischen Urkunden möchte man hier mehr hören, als was Verf. davon sagt. Für die normannische Zeit hat seine These freilich schon jetzt eine erhebliche Stütze in der damals gebräuchlichen Formel, daß „vor den *χρήσιμοι ἄρχοντες*" geschrieben werde o. ähnl. (S. 19). Für den Orient aber läßt Verf. selbst offen (S. 85), ob nicht einfach die hervorragendsten Leute als Zeugen gewählt wurden. Überall ist noch, mit Unterscheidung der Gegenden, festzustellen, wer als Nachfolger der alten Curialen anzusprechen ist, ob die *ἄρχοντες* oder nicht vielleicht die Notare.

In Kap. 3 wird „die Struktur der Urkunde" eingehend dargestellt, mit Benutzung älterer und neuester diplomatischer Forschungen (deren Kenntnisnahme auch vielen unserer Papyrologen empfohlen sein sollte). Verf. bietet viel Neues und bestätigt für seinen Bereich viele bekannte Erscheinungen, z. B. die Einseitigkeit im Stil der Vertragserklärungen. Am interessantesten ist wohl, daß er für den Hauptteil des Veräußerungsformulars, den „promulgatorisch-dispositiven Abschnitt", ein dreifaches Schema unterscheidet (S. 26 f. 42—44, 91—94, 125—128), nämlich:

Typus a: *ἀφιερῶμεν, ἀντικαταλλάσσομεν*[2])
Typus b: *φαινόμεθα ἀφιερώνοντες, παραδίδοντες*
Typus c: *τὴν παροῦσαν . . . ἔγγραφον ἀσφάλειαν τίθημι καὶ ποιῶ πρὸς σέ.* Korrekter und vollständiger in der späteren Zeit: *τὴν παροῦσαν ἔγγραφον . . . διάπρασιν ποιοῦμαι εἰς ὑμᾶς δι' ἧστε ὡμολόγησα καὶ ὁμολογῶ πεπρακέναι . . .*

Ob b und c richtig in die *verba dispositiva* oder nicht vielmehr in die *promulgatio* zu rechnen sind, darüber zweifelt Verf. (S. 28. 93—96).

[1]) S. bes. Voltelini, Acta tirolensia 2, S. XVII; Steinacker, Wiener Studien 24, 301 ff.; Ernst Meyer, Ital. Verfassungsgesch. 1, 114 ff.; auch Pertile, Storia[2] 6, 2, 429 f. u. a. — [2]) Zu dem Beispiel für den Aorist, das Verf. anführt, Trinchera Nr. 38 a. 1051 ist zu bemerken, daß auf das *διεμερίσαμεν* noch ein bestätigendes *ὁμολογῶ* im Präsens folgt. Die reine Form der dispositiven Carta ist also auch da durch einen Kunstgriff gewahrt!

Am richtigsten dürfte sein, was er im Nachtrag S. 143 (zu S. 27. 41) äußert, daß beide Teile des Formulars ineinander übergehen. Von Haus aus ist m. E. c Notificatio und a Dispositio, der Gegensatz also nicht ursprünglich rein. Indessen hat die Scheidung im Sinn des Verf. ihren Wert.

Dem „tipo b" bestreite ich dagegen die Natur eines selbständigen Schemas. Verf. hat dieses *„φαίνομαι"* zuerst nicht erklärt, im Nachtrag S. 143 vermutet er darin ein Symptom der Neigung, die Beurkundung als jurisdiktionellen Akt oder quasi als solchen zu betrachten. Das ist nicht verständlich. Auch die Erinnerung (S. 127) an die Formel der ägyptischen Pachtangebote *ἐὰν φαίνηται μισθῶσαι* führt nicht weiter; hier ist so wie in der Eingabenbitte *ἐὰν φαίνηται συντάξαι* der Angeredete höher gestellt („wenn du gut findest, uns zu verpachten"), nicht so in unseren Urkunden der Erklärende. Es wird nicht anders stehen, als z. B. in den Merovingerurkunden mit dem *videri*. Es ist eine leere Umschreibung. „Man sagt nicht *concessimus*, sondern *visi fuimus concessisse*; nicht *ubi preest venerabilis abba*, sondern *ubi v. a. preesse videtur*" (Erben, Kaiser- und Königsurk. bei Erben-Schmitz-Redlich, Urk.-Lehre S. 285). So erklärt sich einfach ohne eine „Mischung von Formularen" Trinchera Nr. 41, wo *dopo il πιπράσκω salta fuori φαινόμεθα πιπράσκομέν σοι* (S. 28). So erklärt sich auch plausibel, daß im Orient der „tipo b" überhaupt nicht selbständig vorkommt, sondern nur selten und in Verbindung mit c (S. 93). Diese Verbindung fasse ich, vermutlich übrigens mit dem Verf., so auf, daß *τὴν πρᾶσιν ποιοῦμεν* eine echte Notificatio bildet, auf die dann die Dispositio folgt: *καὶ γὰρ φαινόμεθα ἀπεμπολοῦντες* ...

In späteren sizilianischen Urkunden begegnet noch ein „tipo d": *ὁμολογῶ ὡσότι πέπρακα πρὸς σέ*, sporadisch auch im Orient (S. 93). Offenbar gar nichts anderes als das aus den Papyri bekannte *ὁμολογῶ πεπρακέναι* und nur eine Nebenform zu a.

Am ausführlichsten untersucht der Verf. die Bestandteile des Veräußerungsformulars. Er bringt dazu eine Reihe feiner und wichtiger Bemerkungen bei. Mit einigem bin ich nicht einverstanden. So soll die Wendung, worin nach der Kaufpreisquittung als Folge der Preiszahlung die Übereignung geschieht, auf den römischen gesetzlichen Eigentumsvorbehalt des Verkäufers zurückgehen (S. 31. 52. 94. 135). Möglich, daß dieser in die langobardischen Formeln hineinspielt, aus welchen Brunner, RG. Urk. 133 ebenso argumentiert hat, vielleicht auch in das Beispiel des Verf. S. 52. Aber in der Hauptsache ist mit der Kaufpreisquittung und der unmittelbar angeschlossenen Übereignungserklärung nur die Austauschnatur des Barkaufs betont, jene Quittung aber im Barkaufsystem wirklich essentiell für die Gültigkeit des ganzen Geschäfts gewesen.[1]) Ob davon nicht auch der römische

[1]) Das ist die wahre Meinung des Charondas (Theophrast § 7 bei Stob. Flor. 44, 22); falsch Hofmann, Beiträge 58, der von graeca fides spricht (besser ebd. 111). Näheres in meiner Haft. d. Verk. 1, 67. Zu den

Rechtssatz nur eine Folge ist, darüber mag man abgesondert streiten. Große Bedenken habe ich auch gegen die von Ferrari S. 38. 133[a] nutzbar gemachte Lehre De Ruggieros[1]), welcher annimmt, die Strafklauseln der Papyri seien Fortbildungen der römischen stipulatio duplae. Wenn wir das Duplum des Kaufpreises als Verkäuferstrafe wegen Vertragsbruchs finden, so finden wir auch das Hemiolion, und neben dem Doppelten der Kosten deren Einfaches oder Anderthalbfaches.[2]) Das Hemiolion gilt als griechisch; das Duplum ist nicht in demselben Maß römisch.

Bemerkenswert spricht Verf. über den Eigentumsübergang. Er erfolgt nach der schönen Darlegung S. 57 ff. durch *traditio per cartam*, Übergabe der Urkunde als Voraussetzung der Geschäftsvollendung. Als charakteristisch hierfür hebt Verf. die Urkunde Trinchera Nr. 27 hervor, eine *donatio post obitum*, wo Schenker schwört, die Auflassungsurkunde *(ἀφιέρωσις)* beim Tode dem Beschenkten zu übergeben. Nr. 37 beschreibt eine ganze Zeremonie, in welcher der gesetzliche Erbe[3]) des Erblassers das Testament *(διάθεσις)* vom Altar nimmt und an den als Universallegatar eingesetzten Klosterrepräsentanten übergibt, was in der Urkunde selbst *παράδοσις* genannt wird. In den Streit über Herkunft und Wesen der *traditio cartae*, der durch Brandileones Opposition gegen Brunner neu entfacht ist, hat Verf. in einer selbständigen schon oben S. 473 Note 1 zitierten Abhandlung eingegriffen.

Die Eheverträge (S. 62 ff.) zerfallen in zwei Teile, das *προικοσυμβόλαιον*, ausgestellt vom Bräutigam oder seinen Eltern und das *ἀντιπροίκιον* oder *ἀντιπροίξ*, ausgestellt von den Eltern oder dem Bruder der Braut. Das erstere enthält 1. die donatio ante nuptias *(προγαμιαία δωρεά, θεώρετρον* oder wie im Orient *ὑπόβολον)*, entweder bloß versprochen (S. 64) oder übergeben (S. 75); 2. ein „*ὑπόβολον*" entsprechend dem orientalischen „*θεώρετρον*", eine Liebesgabe, das alte *ἀνακαλυπτήριον* (vgl. Mitteis, Reichsr. 294); 3. einzelne Präsente an die Braut, genannt *νυμφοστολισμός*, sicherlich gleich der arrha sponsalicia (vgl. Mitteis ebd. 268). Die Morgengabe ad 1 macht häufig einen Bruchteil des Vermögens des Mannes aus. Aber Verf. glaubt anders als Brandileone nicht an einen Einfluß der langobardischen quarta oder der fränkischen tertia, und stellt einiges aus byzantinischen Quellen zusammen, was auf ähnliche Verhältnisse im Osten deuten soll. Die Vorsicht, die Verf. hierbei betätigt, ist nötig gewesen.

Zitaten kann man nachtragen: Mitteis, Grünhut Z. 17, 271; Gradenwitz, Arch. Pap. F. 2, 108 N. 1; Dareste Nouv. études 21; für die Lombardei Schultze, Lang. Treuhand 101 N. 27; für Babylonien Manigk, Z. S.-St. 27, 404 f.

[1]) Bulletino dell' Ist. 14 (1903) 118. — [2]) Auch darüber habe ich schon das Nähere ausgeführt. Haft. d. Verk. 146 ff. 304 ff. — [3]) Verf. macht S. 59 den Lukas zum mutmaßlichen *ἐπίτροπος*. Er ist aber der gesetzliche Erbe, der alt und gebrechlich und deshalb auf den Unterhalt gesetzt ist. Das „Testament" ist hier noch Universalvermächtnis, nicht Einsetzung eines „erede universale" (S. 60 N. 1 a. E.).

Bei den Testamenten ist Verf. leider nicht aufmerksam geworden, daß sie gleich den frühitalienischen lateinischen Vergabungen nicht Erbeseinsetzungen im römischen Sinn sondern Vermächtnisse bestimmter Vermögensstücke oder -teile mit Einsetzung von Willensvollstreckern darstellen. Sie gehören durchaus in den in dieser Ztschr. 30, 470. 473 anläßlich des Bruckschen Buches erörterten Zusammenhang.

2. Teil. Daß die byzantinischen Urkunden der Acta et diplomata — insbesondere von den Klöstern auf dem Berg Lembos bei Smyrna, auf dem Latros bei Milet, und auf der Insel Patmos —, wozu noch einige andere treten, — nun endlich auch, wenigstens teilweise, durchforscht wurden, ist eine wirkliche Freude. Abschließendes konnte natürlich nicht sofort geboten werden. Die Unsicherheit ist um so größer, weil die byzantinischen Gesetze schwer zu interpretieren sind. Das gilt ja leider schon vom großen Justinianus. Ein Punkt von Bedeutung: Wenn Just. Nov. 73 c. 8, Epanag. 13, 16 verordnet, die schreibunkundigen Parteien sollen ihnen bekannte Zeugen zuziehen: *ἵνα οἱ μὲν γράφωσιν ὑπὲρ τοῦ ἀγραμμάτου ἢ ὀλιγογραμμάτου καθεστῶτος, οἱ δὲ μαρτυρῶσιν ὡς καὶ παρόντων αὐτῶν ἐπράχθη*, so verstehe ich die ersteren von den *ὑπογραφεῖς*, welche die Unterschrift für die Analphabeten leisten, nicht von Schreibern des ganzen Chirographums (so Verf. S. 88), dessen Text vielmehr von wem immer herrühren durfte. Justinian fordert überhaupt nur die Unterschrift vor den Zeugen (*ὑπέγραψεν*, c. 1 lin. 10), auch zeigt der Fortgang des Kap. 8 dasselbe: wenn der Kontrahent *ὀλίγα γράμματα* schreiben kann, soll der Subskriptor den Rest hinzufügen, andernfalls schreibt er „das Ganze". (Ein in den ägyptischen Papyri bisher m. W. einzig dastehendes Beispiel einer Namensfertigung durch einen *ὀλιγογράμματος* mitten in der durch den *ὑπογραφεύς* hergestellten Unterschrift habe ich in einem Basler Papyrus gefunden.)

Die orientalischen Urkunden sagen ausdrücklich, daß die *παράδοσις δι' ἐγγράφου* die körperliche Übergabe ersetzen soll. Darüber hat sehr schön Brandileone, Studi in on. di V. Scialoja, gehandelt. Dazu Verf. S. 96.

3. Teil. Die Bearbeitung der Papyri zeigt in dem Buch nicht die gleiche eindringende Gründlichkeit wie die anderen Partien. Ferraris Beobachtungen sind auch da ergiebig und lehrreich; doch sind einige Stellen nicht unbedenklich und Eheverträge und Testamente überhaupt in der Eile des Schlusses schlecht weggekommen (S. 138 f.). Auf das einzelne kann ich nicht eingehen. Schnell vorbringen läßt sich etwa, daß es in den Papyri doch auch Zuwendungen seitens Dritter in den Eheverträgen gibt (unrichtig S. 103 oben, vgl. Arangio Ruiz Successione test. 206 ff.), ferner daß BGU. 887 v. J. 151 keine Mischform und kein Beleg für die Behauptung ist, die „Homologia" sei eine spezielle Form des sog. Protokolls (S. 115). Diese Urkunde ist vielmehr gar kein typisches Beispiel eines ägyptischen Kaufs; sie enthält einen römischen Kauf aus Side in Pamphylien. Auch ihr Inhalt ist unrichtig wiedergegeben. Es heißt dort nicht: A *ἐπρίατο — ὡμολόγησεν* B *τὴν τειμὴν] κεκομεῖσθαι* . . ., wobei *ὡμολόγησεν* eine Protokollerklärung des

B wäre. Vielmehr steht da die Übersetzung einer stipulatio duplae mit dem Schluß: *καλῶς δίδοσθαι πίστει ἐπηρώτησεν* A, *πίστει δοῦναι ὡμολόγησεν* B, also recte dari fide rogavit A, dari fide promisit B.[1]) — Mindestens zu kurz gehalten ist bes. die Vermutung, der Eigentumsübergang erfolge mit der *δημοσίωσις* und gar mit der Zustimmung des Veräußerers zur *δημοσίωσις* (S. 137) u. a. m.

Das Hauptergebnis des Buches betrifft gemäß dessen Anlage weniger das Recht als das Formular, was nicht dasselbe ist. Es bedarf nach dem schon eingangs Gesagten noch künftiger Überprüfung, in welchem Maß es wahr ist, daß „das byzantinische Süditalien bis ins 13. Jahrhundert [privatrechtlich] als Teil des östlichen Kaiserreichs zu betrachten sei, mit dem es die Rechtsgeschichte gemeinsam habe" (S. 142 vgl. 77). Bewiesen aber hat der Verf. die dauernd einheitliche Haltung des Notariatsstils im byzantinischen Westen und Osten. Diese Erkenntnis reiht sich als ein wichtiges Glied in eine Kette anderer ein. Denn die spätesten ägyptischen Papyrusurkunden weisen in frühere Typen zurück, die frühitalienischen lateinischen in eine weite Zukunft hinaus. Bleibt nur gerade übrig, die griechischen mit den lateinischen auseinanderzusetzen; auf alle Fälle herrscht zwischen ihnen eine weite äußere Übereinstimmung. Dieselbe warnt eben davor, ohne weiteres aus gleichen Formeln auf ein ebenso gleiches Recht zu schließen. Andererseits scheint sie mir schlüssig für die Meinung, die dem Verf. vorschwebt und die schon von Gelehrten der verschiedensten Wissenszweige, Mitteis, Brünneck, Merx, Voltelini u. a. ausgesprochen wurde, daß „die Praxis der byzantinischen Kanzleien von den minder zivilisierten Völkern, welche in die Provinzen des weitläufigen Reichs einfielen, aufgenommen wurde" (S. 2 vgl. 112f.). Am deutlichsten tritt in den Ausführungen des Verf. die geschichtliche Bedeutung des Chirographums hervor. Es verdrängte im 4. Jahrhundert n. Chr. in Ägypten alle anderen Urkundenformen, lebte in der Diplomatik des spätrömischen Reichs fort (S. 119) und gab die Grundlage zu weiteren Bildungen ab. Freilich z. B. die mittelalterlich-byzantinische „Überschrift" des Ausstellers aus der Adresse des Chirographums („A dem B Gruß") abzuleiten (S. 124), scheint mir von sehr fraglicher Richtigkeit. Denn es ist zu bedenken, daß nach der byzantinischen Regel der Aussteller nur zu Anfang der Urkunde sein Siegel gibt, am Ende aber bloß Zeugen und Tabellio, nicht der Aussteller fertigen. Das ist das Gegenteil der gräko-ägyptischen Vertragsbriefe. Man muß sich doch hüten, die Ableitungen aus dem alten Chirographumschema auf Kosten der übrigen Typen zu überschätzen. — In Italien siegte die subjektiv gefaßte Dispositivurkunde über die Notitia, während freilich vom 13. Jahrhundert ab den Kreislauf beschließend wieder die subjektive Stilisierung der objektiven, die dispo-

---

[1]) Warum fehlt dieser Kauf in Bruns' fontes, ed. VII? Freilich ist dort nicht einmal der lateinische Pap. Brit. Mus. 229 zu finden. Auf beide wurde schon Haftung des Verk. 1, 72 N. 1 hingewiesen.

sitive Carta der Gedächtnisurkunde wich (Voltelini, Acta Tirol. 2 S. XVIII). Daneben kam aus dem Altertum die Insinuation mit ihren langen Ausläufern und zahlreichen Nachahmungen. So knüpft sich an den von Ferrari im ganzen glänzend behandelten Gegenstand ein dringendes Interesse von Romanisten, Gräzisten und Germanisten. Sie alle werden dem kenntnisreichen Verf. durch vielseitige Belehrung ähnlich verpflichtet sein, wie es der Referent mit Vergnügen von sich bekennt.

Kiel. E. Rabel.

F. Desserteaux, Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio I. Ancienneté respective des cas et des sources de la c. d. Dijon und Paris 1909.

Trotz des eingehenden Studiums, das gerade in den letzten Jahrzehnten der Lehre von der capitis deminutio gewidmet worden ist, war es bisher nicht gelungen, in dieser Materie zu einer abschließenden Behandlung zu gelangen. Die Unklarheit lag zum großen Teil darin, daß der Ursprung des Instituts in Dunkel gehüllt war, weshalb die Doktrin sich dort mit Konstruktionen behelfen mußte, wo die historische Methode zu versagen schien. Ich erinnere nur an die noch bis vor kurzem herrschende, von Eisele (Beitr. z. röm. Rechtsgeschichte 164ff.) zurückgewiesene Lehre von der capitis deminutio als dem Untergang der ganzen privatrechtlichen Persönlichkeit, eine Lehre, welche damals nur auf gelegentliche Vergleiche mit dem Tode bei Gaius u. a. gegründet wurde. Eine gründliche, die Frage in ihrer ganzen Tragweite von neuem nachprüfende Untersuchung ist deshalb mit großem Interesse zu begrüßen, und ich darf hier mit besonderem Vergnügen auf ein Werk hinweisen, dessen bisher erschienener erster Band an die Lösung der nächstliegenden Aufgabe, den Ursprungsfall der c. d. aufzufinden, mit Erfolg herangeht.

Der Verf. sieht von jeder aprioristischen Konstruktion völlig ab; er verfolgt einfach die einzelnen, in hochklassischer Zeit vorhandenen Fälle der c. d. von Gaius in ältere Zeiten zurück und kann dabei durch sorgfältige Einzeluntersuchungen den einen nach dem anderen dieser Fälle als späteren Datums von der ursprünglichen c. d. ausscheiden. Zunächst erweist sich die ganze sog. media c. d. als erst aus dem Anfang der Kaiserzeit herstammend, indem der einzige Grund, die interdictio aqua et igni, noch zur Zeit Ciceros den Verlust der Zivität nicht zur Folge hatte (Cic. pro domo 30. 78; Dess. S. 122 A. 2) und noch die lex Papia Poppaea v. J. 9 n. Chr. denselben Rechtszustand voraussetzt (S. 135); die beiden anderen Formen der c. d. dagegen gehen in viel ältere Zeit zurück, jede aber nur in einer Gestalt: die maxima c. d. in der Form des Strafurteils gegen den incensus, die minima in der Form des Eintritts des Haussohnes in den Zustand in mancipio. Trotz dieses anscheinend doppelten Ausgangspunktes findet der Verf. mit glücklichem historischen Blick einen einheitlichen

Ursprungsfall des ganzen Instituts. Les extrêmes se touchent: der Haussohn in mancipio, welcher nach klassischem Recht (Gai. I 162) nur die minima c. d. erlitt, verlor ursprünglich die civitas libertasque. Die in älteren Zeiten immer größere Annäherung des Rechtszustandes des manzipierten Haussohnes an den des Sklaven wird in einer gründlichen Untersuchung aus dem Gebiete des öffentlichen und privaten Rechtes klargelegt (S. 232—338), welche zu dem, wie mir scheint, sichergestellten, wohl keineswegs überraschenden Ergebnis gelangt, daß es in der ältesten Zeit, wo nur reelles, nicht fiktives mancipium vorkam, nur einen Zustand „liber ex iure Quiritium" und einen „non liber e. i. Q." gab, und daß der Haussohn in mancipio sich in dem letzteren befand und den Sklaven gleichgestellt wurde. Direkt verlor er nur die Fähigkeit, gentilis zu sein, indirekt aber sowohl die Zivität, weil nur die Mitglieder der gentes Bürger sein konnten, als auch die Freiheit, weil diese nur mit der Gentilität zusammen vorkam. Die c. d. war ein einziges und einheitliches Institut und bedeutete die Vernichtung des caput, d. h. der Rechtsfähigkeit, welche mit der civitas verbunden war (cf. p. 348, 370). Doch tauchen schon zur Zeit der XII Tafeln Unterschiede auf, insbesondere tatsächlicher Art, was schon sprachlich durch die Verschiedenheit der Bezeichnungen „mancipium" und „filius familias in mancipio" ausgedrückt wurde. Interessant ist die beigefügte Untersuchung über den Ausdruck mancipium in der Bedeutung Sklave (S. 372 ff.), wonach diese Bezeichnung auf den Sklaven als Gegenstand einer Manzipation hindeutete; die Ähnlichkeiten mit dem manzipierten Haussohne sind dabei auffallend.

Der Verf. nimmt also Stellung (vgl. S. 359 ff.) sowohl gegen Savigny und Karlowa, welche die c. d. als von Anfang an dreiteilig ansahen, wie gegen Mommsen und Pernice, welche einen doppelten Ursprung annahmen, und schließlich auch gegen Cohn, H. Krüger und Eisele, welche — mit großen inneren Verschiedenheiten — eine einfache, aber mit der später s. g. minima, d. h. auf die familia bezüglichen c. d., identische Ursprungsart annahmen. Der stärkste der für die letztgenannte Theorie angeführten Gründe ist bekanntlich die Terminologie des Ediktes, wo mit dem allgemeinen Ausdruck c. d. die minima bezeichnet wurde (diesen Grund hob zuerst Cohn, Beiträge z. Bearbeitung des röm. R. 2, 307 f., cf. 388 hervor). Dagegen richtet sich die Annahme Lenels (E. P.[2] p. 113 n. 15), daß das Edikt dem praetor urbanus seinen Ursprung verdankt, wodurch nur diejenige c. d., welche salva civitate stattfand, in Frage kommen könnte. Der Verf. sucht (S. 77 ff.) die Ausdrucksweise des Edikts (das er übrigens S. 83 in die Zeit zwischen Cicero und Labeo verlegt) dadurch mit seiner eigenen Theorie zu vereinen, daß er nachweist, daß die Bezeichnung im Edikt zu keiner Verwechslung führen konnte: die media c. d. existierte noch nicht, und bei der maxima konnte von keiner Restitution, wie sie das Edikt bezweckte, die Rede sein. Ich glaube, es ist besser, an der Annahme Lenels festzuhalten: außer bei dem Prätor, qui inter cives ius dicit, wäre die Fassung des Edikts doch immerhin etwas weit. Jedenfalls

hat diese Frage für das Hauptergebnis des Verf. keine Bedeutung, da man zugeben kann, daß ihm die angegebene Ausdrucksweise des Edikts in keinem Falle entscheidend entgegensteht.

Die Methode des Verf. geht, wie erwähnt, zunächst darauf aus, die Fälle der c. d. in der klassischen Zeit rückwärts zu verfolgen, um dadurch den ältesten Fall zu ermitteln. Es ist dabei von höchster Wichtigkeit, sämtliche Fälle zu kennen. Der Verf. gelangt zu dem Ergebnis, daß die Aufzählung bei Gaius I 160—162 vollständig ist. Er scheint dabei den Worten „quod accidit in his qui" einen gewissen Wert beizulegen (S. 18, 39, 66); in Wahrheit besagt wohl diese Wendung bezüglich der Vollständigkeit der erwähnten Fälle durchaus nichts; man wird aber, was zunächst die minima c. d. betrifft, dem Verf. (S. 66) gern zugeben, daß der einzig übrigbleibende Fall — die Kinder des adrogatus — Paul. D. 4. 5. 3 pr. — erst nach Gaius zur c. d. gezählt worden sein mag[1]), und daß weder die causae probatio, welche früher als Grund der c. d. angesehen wurde, noch die capio der Virgo Vestalis und die inauguratio des Flamen Dialis der Theorie der c. d. zugrunde gelegt werden dürfen. Nachdem man die Lehre des Verf.s akzeptiert hat, wird man sogar anerkennen, daß diese Fälle überhaupt nicht oder wenigstens anfangs nicht zur c. d. haben zählen können. Gerade die früheren, willkürlichen Annahmen, daß verschiedene, in den Quellen nicht erwähnte Vorgänge eine c. d. bewirkten, ohne daß man dafür eine andere Stütze als die eigene Konstruktion der c. d. anführen konnte, zeigen die Gefahr derartiger Konstruktionen, denen gegenüber die exakte historische Forschung des Verf.s den besten Eindruck macht.

Unter den bei Gaius (I 162) erwähnten Fällen der minima c. d. ist zunächst von der Bedeutung der Worte qui adoptantur die Rede. Nach Cohn und Eisele wäre damit nur die adrogatio gemeint, weil sonst eine Nachlässigkeit bei Gaius vorliegen würde, indem später von denen, „qui mancipio dantur", als von einer neuen Kategorie gesprochen wird, zu welcher ja der stricto sensu Adoptierte gehörte. Dieser befremdenden Übersetzung von adoptare gegenüber nimmt der Verf. (S. 19, 35 f.) an, daß die Gaius-Stelle in der Tat ein wenig unlogisch sei, aber aus einem sehr guten pädagogischen Grunde: hätte Gaius am Anfang nur den Arrogierten erwähnt, so würde man den Eindruck erhalten haben, daß der im eig. Sinne Adoptierte keine

---

[1]) Interessant wäre hier eine Stellungnahme des Verf.s zu der Interpolationsannahme betreffs dieser Stelle bei Cohn (Beiträge 116 f.). Der zweite Band wird wohl auf diese Frage näher eingehen, wie auch auf die von der Echtheit des § 1 ibid., wo in dem Passus „emancipato filio et ceteris personis c. d. manifesto accidit" das „ceteris personis" verdächtig erscheint, ohne daß der Vorschlag Eiseles (Beiträge 214 Anm. 68), „adoptato" oder „in adoptionem dato" zu lesen, recht befriedigt. Wie sollte dann nämlich Tribonian auf den Plural gekommen sein? Wäre nur ein einziger Fall in der Vorlage erwähnt gewesen, so würden ihn die Kompilatoren eher ohne Ersatz gestrichen haben.

c. d. erlitten hätte. Diese kleine Exegese mag als Beispiel der umsichtigen Interpretationsmethode des Verf.s erwähnt werden.

Was die coemptio betrifft, so will der Verf. (S. 43 ff.) durch eine geschickte Kombination von Gai. I 115a und Cic. Top. 4 den Beweis erbringen, daß diese zur Zeit Ciceros eine c. d. nicht bewirkte. Der Cicero-Stelle zufolge ist eine vorhergehende c. d. die Bedingung für die Testierfähigkeit der Frauen, und Gaius erzählt, daß früher (olim) die Frauen nur dann testieren konnten, „si coemptionem fecissent, remancipataeque et manumissae fuissent". Daraus wäre zu folgern, daß zur Zeit Ciceros die coemptio allein keine c. d. mit sich brachte, sondern erst die remancipatio und manumissio. Der Verf. ist dabei, um die beiden Stellen in Konnex zu bringen, genötigt anzunehmen, daß das olim bei Gaius auf die Zeit Ciceros hindeutet. Nun kann olim natürlich an sich auf noch viel ältere Zeit hinweisen, und es ließe sich deshalb denken, daß die coemptio allein zur Zeit Ciceros mit c. d. verbunden gewesen wäre. Dafür, daß wenigstens schon vor Hadrian die coemptio auch ohne remancipatio zur Testierfähigkeit führte, könnte vielleicht Gai. II 112 angeführt werden, wonach die Notwendigkeit der coemptio, nicht ausdrücklich auch zur remancipatio, unter Hadrian aufgehoben wurde. Aber freilich, dies ist ein aus allgemeinen Gründen unglaublicher Zustand; auch wird durch das „hanc necessitatem" bei Gai. I 115a angedeutet, daß der ganze im Vorigen erwähnte Vorgang durch Hadrian aufgehoben wurde, und daß die remancipatio an den beiden Stellen stillschweigend vorausgesetzt war; dabei wird dann erst die letztere, d. h. der Eintritt in servilem condicionem, das für die c. d. konstitutive Moment gebildet haben.

In bezug auf die adrogatio sowie die conventio in manum wird mit Hilfe der Cicero-Stelle Top. 6. 29, welche die bekannte Definition der gentiles bringt, erwiesen, daß sie erst in nachciceronischer Zeit zur c. d. führten (S. 46 ff.); es scheint nicht übertrieben, sich hier auf die Logik Ciceros zu verlassen. Überhaupt verdient die Weise, wie der Verf. betreffs der minima c. d. die lange Epoche von Gaius bis Cicero überbrückt, bei dem spärlichen Quellenmaterial besondere Anerkennung, weil doch immer nur auf die Quellen gebaut wird.

Was die Frage der Vollständigkeit der Fälle der media und maxima c. d. bei Gaius betrifft, so wird auch diese nach sorgfältigen Untersuchungen bejaht. Weder die Deportation, die mutatio civitatis et deductio in latinam coloniam, die deditio durch den pater patratus, die defectio noch die Verurteilung als hostis reipublicae bewirkte die media c. d. (S. 145 ff.), und die maxima trat wenigstens noch zur Zeit des Gaius weder bei Schuldknechtschaft noch bei Selbstverkauf, servitus poenae oder Kriegsgefangenschaft ein (S. 125 ff.). Betreffs der letzteren kommt der Verf. also zu demselben Ergebnis wie Mitteis, Röm. Priv.-R. 1, 128 Anm. 11 — eine Arbeit, die dem Verf. noch nicht vorgelegen hat. — Gegen die vom Verf. (S. 126 Anm. 6) vertretene Auffassung von dem „dare operas in servitutem" hat schon Lewald (Personalexekution 69 Anm. 2) Einspruch erhoben. Unbestritten bleibt aber, was hier die

Hauptsache ist, daß die Sklaverei in diesem Fall nur einen faktischen Zustand bedeutet, keine iusta servitus.

In einem Punkte ist der Nachweis für die Richtigkeit der Theorie des Verf.s aus natürlichen Gründen schwer zu erbringen, nämlich wo es gilt festzustellen, ob die c. d. wirklich auch dem Namen nach auf die vorklassische Zeit zurückgeht. Der Mangel an direkten Quellen ist nämlich hier stark fühlbar. Vielleicht wären dabei die beiden Stellen aus Terenz, Eun. 4. 7. 33[1]) und Adelphi 4. 2. 32[2]), welche der Verf., soviel ich sehe, nicht heranzieht[3]), von einigem Nutzen gewesen. —

Ich kann die Lehre Desserteaux' von dem einheitlichen Ausgangspunkt der c. d. nur als überzeugend bezeichnen. Sie wird nicht nur durch eine große historische Wahrscheinlichkeit, sondern auch durch die gründliche und scharfsinnige Untersuchung des Verf.s in schönster Weise gestützt und gibt der Lehre von der c. d. eine feste, bisher vermißte Grundlage. Auf dieser die spätere Entwicklung des ganzen Instituts aufzubauen, wird die Aufgabe des zweiten Bandes werden, dem man mit großen Erwartungen entgegensehen darf.

Upsala. Martin Fehr.

Du rôle des Tribuns de la Plèbe en procédure civile par Eugène Lefèvre, Docteur en droit, Licencié ès lettres, Élève de l'École des Hautes-études. Paris, A. Rousseau, 1910. 285 S.

Diese Arbeit stammt wiederum aus dem mit dem römischen Privatprozeßrechte in neuerer Zeit so viel beschäftigten Kreise der Schüler P. F. Girards. Ihm dankt in warmen Worten das Vorwort, aber auch ohne diese sichtbare Ehrung des Meisters würde jeder Kundige die Arbeit sofort der jüngeren französischen Romanistenschule, die Girard herausbildet, zuweisen. Denn die gute Quellen- und die vorzügliche Literaturkenntnis, die ich im letzten Bande dieser Zeitschrift an den Arbeiten von Perrot (a. a. O. 479), Fliniaux (S. 483), Pissard (S. 487) rühmend hervorheben durfte, findet sich auch in dieser Arbeit wieder. Insbesondere die genaue Kenntnis der deutschen Literatur, die für diese Arbeit in Betracht kommt (Mommsen, Wlassak u. a.), und die eingehende Würdigung aller abweichenden Meinungen verdient volles Lob. So auch die regelmäßig so sorgfältige Korrektur — wobei man freilich bei den Graeca oft beide Augen zudrücken muß: S. 16, 19, 20! — und die bequemen, nach Materien geordneteu Quellenregister. Daß die Arbeit aus Girards Schule stammt, zeigt übrigens auch inhaltlich sofort die Bemerkung über das Alter der lex Aebutia

[1]) „Diminuam ego caput tibi hodie." — [2]) „Diminueretur tibi quidem iam cerebrum." — [3]) Überhaupt ist der Katalog der vorgaianischen Quellen (S. 39 Anm. 4) nicht ganz vollständig. Ich notiere beiläufig noch Celsus D. 21. 2. 62. 2.



(S. 2), ganz besonders aber die energische Verfechtung der bekannten These von der lediglich passiven Rolle des Magistrats im alten Spruchverfahren (S. 47 f. und a. a. O.). Da der Verf. hierzu neue Argumente nicht beibringt, darf auch ich auf meinen Anschluß an Wlassaks Standpunkt (diese Ztschr. XXX, 482) nur nochmals hinweisen.

Der Verf. untersucht die Bedeutung des Eingriffs der Volkstribunen in die Maschinerie des Privatprozesses in der Zeit vor der lex Aebutia (Teil I), nach diesem Gesetz bis zum Ausgang der Republik (Teil II) und endlich unter dem Prinzipat (Teil III). Fragen, die nicht unmittelbar den Prozeß betreffen, werden nur gelegentlich gestreift, doch sieht man, daß der Verf. mit den Problemen des römischen Staatsrechts wohl vertraut ist.

I. Für die Zeit vor der lex Aebutia (S. 5—55) wird zunächst die Ansicht abgetan, als seien die Volkstribunen Prozeßvertreter der Plebejer gewesen (S. 8—13), dann aber auch in eingehender Diskussion (S. 14 bis 45) den Volkstribunen eine plebejische General- oder Spezialkompetenz (Bagatellsachen, Marktstreitigkeiten, Besitzstreit), wie sie zuweilen behauptet wurde, abgesprochen. Die weitere Ablehnung einer Interzession der Tribunen vor der aebutischen Lex ergibt sich für den Verf. aus der bereits erwähnten Annahme lediglich passiver Rolle des Gerichtsmagistrats. So wäre für Interzession auch kein Raum. Daß ich dieser Argumentation nicht beizupflichten vermag, ist auch bereits gesagt. Freilich mit den Quellen für positive Interzessionsfälle ist es in dieser Zeit schlecht bestellt (vgl. S. 46—55), aber die Ablehnung der gegenteiligen Anschauung von Cuq steht doch zu sehr unter dem Banne der oberwähnten Annahme, um recht überzeugen zu können.

II. Für die nachaebutische Periode (S. 57—150) versucht es L. zunächst mit einer Kritik der überlieferten Fälle prozessualen Eingreifens der Tribunen. Dabei tritt gegenüber der Interzession (S. 60—104) die Rolle, die die Tribunen sonst noch im Prozeß spielten, ziemlich zurück. Hierher gehört zunächst der Fall bei Cic. pro Cluentio 27, 74 (S. 104 bis 106), und die Rolle des Tribunen bei Einforderung einer Mult im Zivilrechtsweg (S. 106—109), worüber übrigens schon Mommsen im Staats- und Strafrecht gehandelt hat. Die Interzessionsfälle, bzw. die Fälle von Appellationen um Interzession, richten sich stets gegen magistratische Dekrete, so z. B. die Fassung der Formel betreffend — mit gutem Sinn, denn freilich konnte der Beklagte die Litiskontestation weigern, wenn ihm der vorgeschlagene Formelentwurf nicht paßte, aber dann gab es eine drohende Mission! Und dagegen sollte ihn die Interzession schützen.

In der folgenden Darstellung erwägt L. alle die Interzession betreffenden Fragen: örtliche Grenzen, Fristen und Formalien, Notwendigkeit einer voraufgehenden Appellation (gegen Merkel), Persönlichkeit der Appellanten, kassatorischer Effekt der Interzession (S. 110—128). In allem Wesentlichen sind die Ergebnisse der sorgfältigen Nachprüfung eine Bestätigung von Mommsens Arbeit, und in dem bedeutenden Differenzpunkte (S. 129 ff.), wo L. entgegen Mommsens Annahme der

Zulässigkeit der Appellation für Kläger und Beklagten die Appellation nur dem Beklagten zugestehen zu können glaubt, bin ich von ihm nicht überzeugt worden. Mit Mommsen wohl auch Kipp bei Pauly-Wissowa, Appellatio Bd. III, 194. Daß es gegen Geschworenensprüche keine Interzession gab, wird mit Recht S. 133 besonders betont. Die folgenden Ausführungen befassen sich mit den bekannten Einschränkungsversuchen des Interzessionsrechts in der ausgehenden Republik.

III. Im dritten Abschnitte (S. 151—265), der zunächst die fortdauernde Interzession in der Prinzipatszeit behandelt (S. 155—200) und dabei auch das Kaiserliche Interzessionsrecht bespricht, ist von besonderem Interesse einmal die Vergleichung des Interzessions- mit dem neuen Appellationsverfahren (der reformatorischen Appellation der Kaiserzeit) (S. 201—216); es schließt sich daran (S. 217—225) — vgl. Mommsen, Strafr. 260f.[2] — die Erörterung der Entwicklung der reformatorischen Appellation an den Kaiser eben aus dem von seinen Schranken befreiten Interzessionsrecht der Kaiser, eine Entwicklung, für die schon Mommsen Dio. 51, 19 als entscheidende Quelle erkannt hat. Gegenüber einer Appellationsmöglichkeit auch gegen Schwurgerichtsurteile, wie sie kürzlich Perrot, L'appell (1907), behauptet hat, verhält sich L. mit Grund recht reserviert (S. 202f.[1]). Bemerkenswert ist dann im letzten Teile der Arbeit (S. 226—265) die absolute Ablehnung der Annahme einer von den Tribunen ausgeübten privatrechtlichen Gerichtsbarkeit auch für die Zeit des Prinzipats. Aber trotz aller anerkennenswerten Mühe, die sich L. gibt, scheint mir doch Küblers bekannter Aufsatz über dieses Thema (Hirschfeld-Festschr. 1903. S. 50ff.) in seinen gut fundierten Grundlagen nicht erschüttert, ohne daß natürlich hier in eine Besprechung der Quellendetails eingetreten werden könnte. L.s Arbeit wird bei keiner künftigen Darstellung einschlägiger Prozeßmaterien übersehen werden dürfen. Sie zeigt uns aber auch an einem wohldurchdachten Einzelproblem wieder, was wir alle Mommsens Gesamtdarstellung verdanken.

München. Leopold Wenger.

Hans Hellwig, Erbrechtsfeststellung und Reszission des Erbschaftserwerbs. Beiträge zur Lehre von der querela inofficiosi testamenti des klassischen römischen Rechts. Leipzig, A. Deichertsche Verlagsbuchh. Nachf. 1908.

Diese Arbeit ist „ein erweiterter und etwas veränderter“ Abdruck einer Marburger Doktordissertation und verdient jedenfalls, daß ihr gegenüber die Reserve, welche man gegen erweiterte oder nicht erweiterte Dissertationen an den Tag zu legen pflegt, durchaus beiseite bleibt. Denn der Verf. hat sich in sein Thema mit größtem Ernst hineingearbeitet und zeigt nebst sicherer Beherrschung des Stoffes ein

sehr selbständiges Urteil und gereifte Erwägung. Sie zu kritisieren ist allerdings nicht leicht, weil er mit entschlossenem Griff eine Reihe von Problemen angefaßt hat, über welche recensendo sich zu äußern eine sehr bedenkliche Sache ist. Sicher ist, daß das römische Inoffiziositätsrecht, wenn man ihm ernstlich zu Leibe geht, die allerschwierigsten Probleme in sich birgt; denn die Überlieferung ist eine ganz trümmerhafte. Zu diesen Problemen mit wenigen Worten Stellung zu nehmen, ist für den Rezensenten schon wegen der Gefahr, mißverstanden zu werden, mißlich. Darum muß ich mich auf eine relativ kurze Anzeige beschränken, so sehr der Stoff und die Art, wie der Verf. ihn behandelt, zu eingehenderer Diskussion anregen würde.

Hans Hellwig steht im wesentlichen, und macht auch kein Hehl daraus, auf den Schultern von Eisele; er schließt sich in der Hauptsache der von diesem in seiner Abhandlung über die Querela inofficiosi (diese Ztschr. XV) vertretenen Anschauung an, daß es eine selbständige Kognitionsquerel gegeben hat. Es ist zuzugeben, daß Eisele hiermit ein sehr beachtenswertes Ferment in die Erörterung hineingetragen hat; doch wäre zu wünschen, daß jede neue Darstellung dieser Lehre die Festigkeit von Eiseles Stützpunkten neuerlich prüfte. So erscheint es mir bedenklich, wenn Eisele auch solche Quellenstellen zur Fundamentierung seiner Theorie verwertet, welche nur im allgemeinen irgendeine Kognition in Querelsachen erkennen lassen, während doch klar ist, daß es auch bei der Zentumviralquerel im Verfahren vor dem Prätor viel zu kognoszieren gab. So verweist Eisele auf D. 5, 2, 21 pr. und 27 pr. Weil in diesen Stellen von einem deserere querelam die Rede ist, ohne daß sie sagen, ob dieses vor oder nach der Litiscontestatio stattgefunden hat, zieht Eisele den Schluß, es habe hier ein Verfahren vorgelegen, in welchem es eine Litiscontestatio gar nicht gab (diese Ztschr. 15, 273f.). Wenn aber, wie Eisele annimmt, über die Querel besondere gesetzliche Bestimmungen stattgehabt hatten, so konnten sie auch für die Zentumviralquerel die Desertion und zwar auch im Stadium ‚in jure‘ mit Rechtsfolgen belegen. Es ist daher auch für den, der Eiseles Lehre nicht ablehnend gegenübersteht, immer noch die Aufgabe, genau zu unterscheiden, welche Zeugnisse er für dieselbe mit Entschiedenheit in Anspruch nimmt, welche nicht.[1]) —

Recht bedenklich ist es auch, wenn Eisele und mit ihm H. Hellwig S. 41/2 für die Existenz des Kognitionsverfahrens Gewicht legen auf Reskripte des 3. Jahrh., welche die querela inofficiosae donationis mit der querela inofficiosi testamenti in Verbindung bringen und beide als gleichgestaltet vorauszusetzen scheinen, wie C. J. 32, 1, 2. 6, 8. Wären das Äußerungen eines Klassikers, so könnte man, da die erstere sicher nicht zivil ist, auch für die letztere Schlüsse ziehen. Aber diese

[1]) Eine andere Frage ist es, wie weit man in der ersten der genannten Stellen aus der Verwendung des Terminus ‚inofficiosi querella‘ Schlüsse auf reines Kognitionsverfahren ziehen will. Diesen Punkt lasse ich hier beiseite.

späten Reskripte beweisen nichts; ein Teil davon ist schon diokletianisch und da damals der Kognitionsprozeß überall durchgebrochen ist, kann man aus ihnen auf die Gestaltung der früheren Zeit keine Schlüsse ziehen.

Muß man danach immer eingedenk sein, daß man in der Inoffiziositätslehre kaum irgendwo sicheren Stand hat, so muß man dem Verf. das Anerkenntnis zollen, daß er sich auf diesem gefährlichen Boden mit großem Geschick bewegt. Auch ist er von Eisele keineswegs durchaus abhängig, in einem wesentlichen Punkt tritt er diesem entgegen. Eisele nahm an, daß Zentumviralquerel (mit color insaniae) und Kognitionsquerel nicht bloß der Prozeßform nach, sondern auch darin fortdauernd verschieden geblieben seien, daß es sich bei ersterer um die Feststellung der ursprünglichen Ungültigkeit, hier um Reszission eines bis dahin gültig gewesenen Testaments handelte, und fand eine Stütze hierfür in seiner Auslegung von D. 5, 2, 19, wo Paulus, um unbequemen Resultaten der Zentumviralquerel zu entgehen, zur Anwendung von Prinzipien der Kognitionsquerel greifen soll. Hellwig hält es für unmöglich, daß beide mit so verschiedenen Grundgedanken selbständig nebeneinander stehen konnten. Er ist vielmehr geneigt, eine Entwicklung anzunehmen. In den Anfängen der Zentumviralquerel — im letzten Jahrh. der Republik — soll eine Nichtigkeitstheorie geherrscht haben, nach welcher das inoffiziose Testament als von einem Geschäftsunfähigen errichtet, dem testamentum iniustum, ruptum u. ä. gleichgehalten wurde. Aber diese Auffassung ist später gefallen zugunsten einer anderen, welche es für bloß anfechtbar erklärte. Die Entstehung dieser versetzt Verf. in den Anfang der Kaiserzeit. Veranlaßt denkt er sie sich, wenn ich recht verstehe, durch die etwa damals erfolgende gesetzliche Einführung der Kognitionsquerel, welche von vornherein nur dazu geführt habe, das testamentum inofficiosum für beseitigt (nicht für ursprünglich nichtig) zu erklären und der dadurch bedingte Umschwung auch der Zentumviralquerel ist ihm um so begreiflicher, als bei komplizierteren Tatbeständen, wie eben jener in D. 5, 2, 19 die Nichtigkeitstheorie zu unbefriedigenden Resultaten führte.

Als Anlaß der Kognitionsquerel nimmt Verf. die Rücksicht auf die kognatischen Pflichtteilsberechtigten an.

Hier ist der Grundgedanke recht ansprechend und man wird, wie wohl es an unmittelbaren Beweisen der Sachlage nach fehlt, zugeben, daß Hellwig ein an sich geschlossenes Bild einer wenigstens möglichen Entwicklung gezeichnet hat. Etwas kühn freilich ist die S. 57 für die Zeit vor der lex Falcidia aufgestellte Annahme eines ‚formellen Rechts des pflichtteilsberechtigten Intestaterben auf Einsetzung zum heres'; aus dem Nachwirken dieses formellen Rechts soll sich die bekannte Eigentümlichkeit des Kaiserrechts erklären, daß der im Pflichtteil verletzte Intestaterbe nicht bloß den Pflichtteil, sondern den vollen Intestaterbteil erhält. Mit Recht betont der Verf., daß dies nur eine Vermutung sein soll.

Gegen Schluß der Arbeit tritt ein dogmatischer Gedanke zutage, der die Anknüpfung zwischen ihr und dem modernen Recht vermittelt. Er geht dahin, die Tatbestandswirkung des Querel-Urteils gegenüber der Feststellungswirkung scharf zu betonen. Es ist wohl ein Grundgedanke der Arbeit gewesen, zu verfolgen, wie die erstere in der Querel gewissermaßen durch die innere Natur der Verhältnisse nunmehr herauskristallisiert wird, und damit tritt die Arbeit in den weiteren Rahmen der modernen Forschungen über Konstitutivgeschäfte, Grenzen der Deklarationswirkungen usf.

Mein Gesamturteil über Hans Hellwigs Schrift ist ein sehr günstiges. Daß sie zu sicheren positiven Resultaten nicht führen konnte, ist nicht Schuld des Verf., sondern lag in der Natur der Sache. Die Fähigkeit zu feiner Quellenbeobachtung und gründlichem Durchdenken größerer historischer Probleme hat der Verf. voll bewiesen und es steht zu hoffen, daß er an greifbareren historischen Themen, deren es viele und fruchtbare gibt, der Romanistik förderlichste Resultate zu erarbeiten imstande sein wird.

Leipzig. Mitteis.

Martin Fehr, Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit. Inaug. Diss. Upsala 1910.

Unter den vielen erfreulichen Erscheinungen, welche die Interpolationenforschung gezeitigt hat, ist diese Untersuchung eines jungen schwedischen Gelehrten eine der beachtenswertesten. Die Arbeit sucht nachzuweisen, daß das Wort hypotheca in den Digesten und den vordiokletianischen Konstitutionen des Codex Iustinianus grundsätzlich eininterpoliert ist.

Heute, nachdem diese These aufgestellt worden ist, wundert man sich eigentlich, daß noch niemand darauf verfallen ist und wir diese Entdeckung einem unserer Jüngsten überlassen haben. Aber das ist die Kraft der Suggestion: Wir Älteren sind so sehr in den Traditionen der klassischen hypotheca aufgewachsen, daß wir ihr die Existenzberechtigung zu bestreiten am allerwenigsten dachten, obwohl sie doch schon durch ihren Namen eigentlich hätte verdächtig sein müssen. Nur Manigk, der in seiner Schrift über die pfandrechtliche Terminologie der Römer sich mit dem Alter des Terminus hypotheca eingehend beschäftigt hatte, war offenbar der gleichen Idee schon einmal sehr nahe getreten (vgl. etwa das. S. 105); wenn er sich gescheut hat, die letzten Konsequenzen zu ziehen, so hat gewiß auch bei ihm noch die ältere Tradition nachgewirkt. Ich hebe denn auch gerne hervor, daß dieser Umstand in meinen Augen den unbestreitbaren Verdiensten von Manigks sorgfältiger und methodisch korrekter Untersuchung keinen Abbruch tut; wenn auch durch Fehrs Schrift an seinen Resultaten vieles sich ändert, so ist doch seine Arbeit ein deutlicher Vorläufer der letzteren, der in vielen Einzelheiten seinen selbständigen Wert

auch jetzt noch behält und jeder, der mit Interpolationen gearbeitet hat, weiß, wie leicht es vorkommt, daß man zwar gewisse Resultate erreicht, einen letzten Schritt aber andern übrig läßt.

Fehrs Schrift hat in der Theorie der hypotheca diesen getan und ich glaube mit Recht. Die Arbeit ist mit großem Ernst und einer bei einer Erstlingsschrift doppelt erfreulichen Besonnenheit geschrieben. Der Verf. ist sich der Verantwortung voll bewußt, welche eine so weittragende Behauptung mit sich bringt, und sucht darum überall festen Boden zu fassen: wo die Beweise nicht voll zureichen, will er sich und den Leser darüber nicht hinwegtäuschen und grenzt so das sichere Resultat genau von der Hypothese ab. Gerade das erweckt zu seiner Arbeit besonderes Vertrauen.

Im einzelnen liegt sein Beweis darin, daß in der nichtjuristischen Literatur der Römer — welche er nach den Scheden des Thesaurus ganz übersehen konnte — von Augustus bis Diocletian das Wort hypotheca überhaupt fehlt, während vom pignus öfter die Rede ist (nur bei Cicero kommt ὑποθήκη zweimal, aber in griechischer Schrift, vor); daß es ebenso fehlt in den Originalresten vorjustinianischer Jurisprudenz, daß endlich eine eingehende Prüfung der Digesten, Institutionen und des Codex Iustinianus fast immer den Beweis oder doch Verdacht der Interpolation ergibt.

Das Schwergewicht der Frage liegt offenbar in diesem letzteren Punkt. Es ist nun klar und wird auch von Fehr nicht geleugnet, daß ein voller Beweis der Interpolation sich nicht überall erbringen läßt. Aber er wird, wenn man alles zusammenhält — und hier kann sich der Verf. oft schon auf die von anderen nach anderer Richtung erbrachten Interpolationsnachweise stützen — doch so oft hergestellt, daß man auch für die restierenden Fälle kaum mehr zweifeln kann. Und so wird man denn auch die berühmte Inskription ‚ad formulam hypothecariam‘ mit Fehr zu den Emblemata stellen dürfen.

Halte ich also mit ihm die hypotheca aus dem Bestand des klassischen Rechts für entfernt, so erblicke ich darin auch einen großen rechtsgeschichtlichen Gewinn. Es ist nicht bloß ein Wort, von dem wir befreit werden, sondern ein Fremdkörper. Wie unorganisch ist bis jetzt das halbgriechische Institut in der römischen Rechtsentwicklung mitten inne gestanden! Jetzt haben wir statt der unklaren Dreiteilung fiducia—pignus—hypotheca, dem unklaren Nebeneinander der Termini formula hypothecaria und Serviana eine einfache Entwicklung. Die Frage ist nur noch, seit wann das Besitzpfand zum einfachen Konventionalpfand erweitert worden ist; denn daß nur eine Erweiterung des pignus-Begriffes vorliegt, ist nach Fehrs Ausführungen selbstverständliche Konsequenz. Fehr selbst ist geneigt, diesen Prozeß ziemlich weit herabzudatieren, erst in die nachjulianische Zeit.

Dies weiter zu verfolgen ist eine Aufgabe der Zukunft. Hier soll dem talentvollen Verf. die volle Anerkennung für seine methodisch ebenso gediegene als erfolgreiche Untersuchung ausgesprochen sein

und die Hoffnung, einem hiermit so gut eingeführten jungen Gelehrten noch oft auf diesem Forschungsgebiet zu begegnen.[1])

Leipzig. Mitteis.

Gerhard Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen (Tübingen 1910).

Eine sehr frisch und energisch geschriebene, dabei auf umfassender Quellenforschung beruhende Untersuchung auf dem Gebiet der Interpolationen. Ein großer Teil davon ist der Actio ad exhibendum gewidmet. Hier scheint mir zunächst der auf den ersten Seiten versuchte Nachweis, daß die Kompilatoren in der Lehre von der Aktivlegitimation zur Exhibitionsklage manches interpoliert haben, zuzutreffen. Weniger Zustimmung erregt die sodann S. 10f. aufgestellte Behauptung, daß die Vindikation von Mobilien ohne Gegenwart der Sache unmöglich sei. Verf. ist hierzu verleitet durch die vielen sehr bekannten Stellen, welche die Exhibition als eine Voraussetzung erfolgreicher Vindikation bezeichnen (s. sein Verzeichnis S. 11f.). Ich gestehe, daß ich in früheren Zeiten bei Betrachtung dieser Stellen auch gelegentlich die gleiche Versuchung gespürt hatte, an das Erfordernis der Sachpräsenz bei der Vindikation zu denken; doch hatte ich den Gedanken stets abgelehnt und er ist auch wie mit dem praktischen Bedürfnis so mit verschiedenen Quellenzeugnissen unvereinbar. Weitere Ausführungen über diese Stellen verbieten sich jetzt für mich dadurch, daß die Sache bereits von Lenel (Grünhuts Ztschr. 37, 515f.) in endgültiger Weise klargestellt worden ist. Diese vortreffliche Untersuchung enthebt mich auch in einzelnen anderen Punkten einer kritischen Stellungnahme zu Beselers Ausführungen, insbesondere zu der Thesis, daß die A° ad exhibendum nicht gegen den Detentor gegangen sei. In diesem Punkt ist auch Riccobono in der schönen Untersuchung, welche ich zu meiner Freude den Lesern dieser Zeitschrift vorlegen kann, unabhängig von Lenel wenigstens zu teilweiser Opposition gegen Beseler gelangt (oben S. 350f.). Allerdings aber auch nur zu teilweiser: die Interpolation des Mittelsatzes in D. 10, 4, 3, 15 nimmt auch R. an und gelangt so zu dem Resultat, daß wenigstens in gewissen Fällen der Detentor die Einlassung auf die Exhibitionsklage verweigern kann.

Überhaupt ist in Beselers Ausführungen nebst manchem Anfechtbaren doch überall Anregendes und auch vieles Zutreffende zu finden.

---

[1]) Ich ergreife die Gelegenheit einen mir in dem Buch aufgestoßenen Druckfehler zu berichtigen. S. 64 stützt sich der Verf. auf eine Textkonjektur von mir zu P. Oxy. 653, die ich ihm privat mitgeteilt hatte. Sie lautet richtig *[ἐδέχο]ν τοὺς* (?) *καρπ | ούς* oder *τὰς καρπ[. . .* (statt wie es dort lautet *ἔδεχον*). So lese ich statt des von Grenfell-Hunt hergestellten *[σὺ τα]ύτας* (?) *καρπ | οῦ*. Die sachliche Rechtfertigung der Konjektur werde ich in der Papyrus-Chrestomathie zu Nr. 90 p. 105 bringen.

Darin, daß er — hierin gleichzeitig mit einigen anderen Gelehrten — in D. 6, 1, 27 pr. die Interpolation der Haftung des dolo desinens possidere bei der Eigentumsfrage mit Recht annimmt, wird man jetzt einig sein. Aber auch im zweiten Teil des Buches, wo er einzelne Stellen und Stellengruppen auf die Frage der Echtheit hin untersucht, ist viel Belehrendes zu finden. Reserve und Kritik sind zwar überall angebracht; gerade bei einem Schriftsteller, der eingestandenermaßen Jagd nach Interpolationen macht, ist die Gefahr, daß er auch echte Stellen abschießt, stets vorhanden. Mit diesem Vorbehalt aber muß die Schrift als ein materialreicher Beitrag zur Kritik der Digesten bezeichnet und dem Studium empfohlen werden.

Leipzig. Mitteis.

Egon Weiß, Pfandrechtliche Untersuchungen. I. Abteilung. Beiträge zum römischen und hellenischen Pfandrecht enthaltend. Weimar 1909. Herm. Böhlaus Nachfolger. — 154 SS.

Verf. hat sich für die vorliegende erste Abteilung seines Werkes die Aufgabe gestellt, das Fortwirken des hellenischen und hellenistischen Vertragspfandrechts im römischen Rechtskreise und insbesondere die Aufnahme einzelner Bestimmungen daraus durch die Kaisergesetzgebung nachzuweisen.

Es gilt für ihn zunächst, dem griechischen Konventionalpfand eigne, dem römischen Recht fremde Züge herauszuarbeiten, um dann festzustellen, ob und welche Spuren diese griechischen Rechtsgedanken in den römischen Quellen hinterlassen haben.

Als für das griechische Konventionalpfand charakteristisch werden in erster Linie folgende vier Sätze bezeichnet, die alle daraus erklärt werden, daß bei allen Arten des griechischen Pfands ursprünglich reine Sachhaftung bestanden habe:[1])

1. Der Schuldner haftet grundsätzlich nicht für einen eventuellen Ausfall *(ἐλλεῖπον)*. Diese Haftung muß besonders vertraglich begründet werden.

2. Der Pfandgläubiger trägt die Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung der Pfandsache; nur ist auch hier vertragliche Überwälzung der Gefahr auf den Schuldner möglich.[2])

3. Der Pfandgläubiger, in dessen Gewahrsam sich die Pfandsache befindet, erhält deren Nutzungen ungemessen und ohne Anrechnung auf die Forderung.

---

[1]) Zu der Frage, wie weit diese auch für die Hypothek in Ägypten in späterer Zeit gilt, insbesondere über die Frage, ob hier der Schuldner Anspruch auf die Hyperocha hatte (Weiß, S. 10 Anm. 3) vgl. jetzt Mitteis, diese Ztschr. Bd. XXX S. 444 Anm. 1, 446, Rabel, Verfügungsbeschr. S. 72 Anm. 1. — [2]) Steht übrigens nicht S. 17 (auch wenn er sie im Pfand nicht vollkommen hereinbekommt) im Widerspruch mit dem S. 15 zu Note 2 bemerkten?

4. Bei einem Zusammentreffen von Pfand und Bürgschaft hat der Gläubiger zunächst das Pfand zu verwerten, ehe er den Bürgen in Anspruch nimmt. Für Ägypten scheint sich allerdings aus Oxy. II. 270 zu ergeben, daß hier der Gläubiger die Wahl hat.[1])

Die S. 34 ff. zusammengestellten Belege aus den römischen Quellen sind geeignet das Fortwirken dieser Sätze im griechischen Osten auch in römischer Zeit darzutun bzw. wahrscheinlich zu machen.

Es wird sodann (S. 21/3) darauf hingewiesen, daß in der ägyptischen Praxis zwei weitere Formen des Pfandrechts ausgebildet worden seien: die ὠνὴ ἐν πίστει und das antichretische Pfand. Für die erstere wird man sich doch wohl zurzeit zu dem Zugeständnis bequemen müssen, daß das Material noch zu gering ist, um näheres über sie, ihr Verhältnis zu der πρᾶσις ἐπὶ λύσει[2]) oder aber auch ihren Zusammenhang mit dem ägyptischen Recht sagen zu können.[3]) Bezüglich der Antichrese ohne Verpfändung der Sache, die uns in den Papyri begegnet, von der wir aber wohl vermuten dürfen, daß sie im griechischen Osten verbreitet war, und die auch in den römischen Quellen erwähnt wird[4]), untercheidet auch Verf. zutreffend die Fälle, in welchen dem Gläubiger sofort die Nutzungen überlassen werden, und diejenigen, in denen der Gläubiger das Recht zur Nutzung erst für den Fall der Säumnis erhält. Dabei ist zu betonen, daß es sich in den beiden Urkunden (BGU. 339 und Teb. II. 390), die von den bis jetzt bekannten allein in die letztere Kategorie gehören, um öffentliches Land handelt.[5])

Der Satz, daß bei Teilzahlungen die Freigabe eines entsprechenden Teils der Pfandsache zu erfolgen hat, scheint nur in Ägypten Geltung gehabt zu haben; es läßt sich auch keine deutliche Spur desselben in den römischen Quellen nachweisen.

Dagegen ist es von hohem Interesse, worauf schon Mitteis und Wenger hingewiesen haben, zu sehen, daß das als pignus Gordianum bekannte Retentionsrecht mehrfach in den Papyri begegnet, wobei W. die zwischen BGU. 741 und Lips. 10 bestehenden Unterschiede hervorhebt.

---

[1]) Dabei wäre auch auf Lond. II 311 p. 219 zu verweisen (ὑπάλλαγμα). — [2]) Gegen die Ansicht, daß die neuen demotischen Kaufpfandverträge ohne weiteres als πράσεις ἐπὶ λύσει anzusprechen sind, die auch W. (S. 21 Anm. 2) vertritt, vgl. oben S. 468. — [3]) Wenn S. 21 Anm. 1 für die Frage der Entstehung der ὠνὴ ἐν πίστει auf ihre enge Verbindung mit dem Grundbuchwesen hingewiesen wird, so ist doch dabei zu beachten, daß wir von dessen Existenz in ptolemäischer Zeit bis jetzt nichts wissen. Vgl. dazu allerneuestens Rostowzew, Studien zur Geschichte des römischen Kolonats 1. Beiheft zum Archiv f. Pap.-Forsch. 1910 S. 118. — [4]) Vgl. dazu jetzt Manigk, Antichretische Grundstückshaftung im gräko-ägyptischen Recht in der Festgabe für Güterbock. 1910. — [5]) Zu Grenf. II 72 (Weiß S. 51) vgl. Rabel, Verfügungsbeschr. S. 61 und 40 Anm. 1, der mit Recht erwägt, ob hier nicht in dem χήσασθαι κατὰ εὐπορείας eine Exekutivklausel zu erblicken ist. Man wird dabei wohl an das häufige χρῆσθαι τοῖς νομίμοις denken müssen.

Zutreffend bemerkt W., daß die von Mitteis im Reichsrecht geäußerte Vermutung, daß das Gesetz Constantins C. Just. 8, 16, 7 über die Unpfändbarkeit der Pflugstiere und Ackersklaven auf griechische Vorbilder zurückgehe, durch neugefundenes Material an Wahrscheinlichkeit noch sehr gewinnt, sowie weiter, daß die uns in den römischen Quellen begegnende Sitte der Verpfändung von Kindern jetzt durch die *ὑπόθεσις* zu Menanders *Ἥρως* auch als griechische nachgewiesen ist.[1] [2]

Man wird W. auch zustimmen müssen, wenn er sodann die Frage, ob ein Zusammenhang zwischen den tabulae in D. 43, 24, 22, 2 und den attischen *ὅροι* bestehe, verneint.

Im zweiten Abschnitt wird die Frage nach den Ursprüngen der Dotalhypothek im römischen Recht erörtert. W. gelangt dabei zunächst für das griechische Recht zu dem zutreffenden Resultat, daß hier der Frau zwar keine gesetzliche Dotalhypothek zugestanden hat, daß aber die Bestellung eines Pfandrechts an erster Stelle — an manchen Orten einer Generalhypothek — seitens des Mannes für die Mitgift weitverbreitete Sitte war. Die Papyri bereiten in diesem Punkt zurzeit noch große Schwierigkeiten, deren Beseitigung auch W. nicht gelungen ist[3]; dies gilt namentlich auch für die Frage nach der Bedeutung der hier der Frau zustehenden *πρωτοπραξία*. Wir wissen, daß in Ägypten nach einem *ἐπιχώριος νόμος* den Ehefrauen eine *κατοχή* am Vermögen ihrer Männer zustand, ob aber ex lege oder auf Grund Vertrags, ist zweifelhaft.[4]

Aus einigen der zahlreichen, von W. zusammengetragenen Stellen aus römischen Quellen, sowie aus dem syrisch-römischen Rechtsbuch, die sich mit der Sicherung der dos und auch des Paraphernalvermögens durch Bestellung von Pfandrechten am Vermögen des Mannes beschäftigen, ist zu schließen, daß diese auch in römischer Zeit speziell im Osten üblich geblieben ist, und es ist naheliegend, einen Einfluß dieser Praxis auf die Justinianische Gesetzgebung anzunehmen.

Schließlich versucht W. noch den Nachweis, daß auch die von dem gesetzlichen Pfandrecht der Mündel handelnde Konstitution Con-

---

[1]) Daß die *ὑπόθεσις* mit dem Inhalt des Stücks nicht übereinstimme, wie W. annimmt, läßt sich nicht nachweisen. — [2]) Für P. Flor. 44 und P. Tebt. II 384 betont W. mit Recht, daß hier kein pfandrechtliches Verhältnis vorliegt; vgl. dazu jetzt auch Lewald, Personalexekution S. 19. — [3]) Zu S. 87 Anm. 1 sei bemerkt, daß die Bezeichnung „uneigentliche" Generalhypothek für die *καθάπερ ἐκ δίκης*-Klausel bei Eger, Grundbuchw. S. 48, entnommen ist aus Reichsrecht S. 418 Anm. 1 (worauf auch alsbald an jener Stelle verwiesen ist), und daß dieselbe, wie sich auch aus dem a. a. O. gesagten klar ergibt, von mir in keinem anderen Sinn als von Mitteis gebraucht wurde. — [4]) Vgl. Eger, Grundbuchw. S. 50. — Mit der Bestimmung der Edikte in der petition of Dionysia dürften die Verträge über Gütergemeinschaft in Verbindung zu bringen sein (Grundbuchw. S. 51); für BGU. IV 1072 (Weiß S. 95) wird anzunehmen sein, daß die zugrunde liegende *συγγραφή* eine gleiche Klausel enthielt wie z. B. Lond. III 1166 p. 105.

stantins (C. Th. l. 3, 30, 1) sich als ein Niederschlag hellenischer Rechtsgedanken darstelle. Aber wenn diese Annahme auch durch den bekannten allgemeinen Charakter der Constantinischen Gesetzgebung eine Stütze erhält, so muß doch gesagt werden, daß das sich auf die Mündelhypothek im altgriechischen Recht und für die fernere Zeit im Osten beziehende Material so dürftig ist, daß hier keine sicheren Schlüsse gezogen werden können.

Die Schrift zeugt von einer intensiven Beschäftigung mit den Quellen, insbesondere auch mit den griechischen und den Papyri. In bezug auf die römischen Quellen kann man öfter dem Verf. bei seiner Auslegung nicht folgen. So ist doch z. B. in C. 4, 24, 9 (S. 38) die Frage nicht die, wem die actio depositi zustehe, sondern es handelt sich darum, ob der Gläubiger trotz Untergangs der Pfandsache die actio personalis gegen den Schuldner anstellen kann! Auch für D. 20, 2, 8 (S. 39 Anm. 6) kann man der Ansicht des Verf.s nicht folgen. Bei den Ausführungen zu C. 8, 40, 2 (S. 53) ist nicht erwogen, wie weit das Gordianische Retentionsrecht überhaupt dritten Personen, hier dem Bürgen, gegenüber geltend gemacht werden kann u. a.

Im allgemeinen hat Verf. seinen Zweck erreicht, insofern als seine Schrift wertvolle Anhaltspunkte für das Fortleben griechischer Rechtsgedanken im oder neben dem römischen Recht bietet.

Basel. O. Eger.

Außerdem sind bei der Redaktion noch folgende Schriften eingegangen:

Mainzer, Robert, Die ästimatorische Injurienklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung. Stuttgart 1908.

Moriaud, Paul, de la simple famille paternelle en droit Romain. Première partie. Genf 1910.

Nicole, Iules, le procès de Phidias dans les Chroniques d'Apollodore, d'après un papyrus inédit de la collection de Genève. Genf 1910.

Nys, Ernest, le droit Romain, le droit des gens et le collège des docteurs en droit civil. Bruxelles 1910.

Vernay, Eugène, Servius et son école. Paris 1910.

De Zuluetta, F., De patrociniis vicorum (in Vinogradoffs Oxford studies in social and legal history I No. II.

Berichtigung.

Auf S. 126 Z. 1 von oben ist statt „dieses“ zu lesen „nichts“.



